LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN


EX LIBRIS DR· ALFRED PLATZ

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

VOLLSTÄNDIGE AUSGABE
IN ZWÖLF BÄNDEN

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER, BERLIN
1920

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

ZEHNTER BAND:

DAS SYSTEM DER ERWORBENEN RECHTE

I, 2

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER, BERLIN
1920

DRUCK VON OSCAR BRANDSTETTER, LEIPZIG

§ 11. Absolute Gesetze. Ziviler und naturaler Wille. Konvaleszenz durch erleichternde Formgesetze (Fortfall formeller Prohibitivgesetze) bei willkürlich-revokabeln Akten; Testament.

Wir haben bisher gezeigt, daß durch den Fortfall eines Prohibitivgesetzes die nachträgliche Konvaleszenz der individuellen Willenshandlung nur dann eintreten könne, wenn die frühere Prohibition den Inhalt der Handlung absolut ausgeschlossen hatte, nicht aber, wenn sie bloß das Formelle der Handlung betroffen und dem Individuum somit die Möglichkeit offen gelassen hatte, mit Beobachtung der von dem Gesetz geforderten Formen dem Inhalte seines Willens rechtliches Dasein zu geben. Der begriffliche Grund dieser Unterscheidung war der, daß, wenn das Individuum diese Möglichkeit gehabt und freiwillig nicht benutzt hatte, es überhaupt nicht so angesehen werden könne, als habe es bei der Handlung seinen Willen in bindender Weise (den zivilen Willen), sondern nur seinen naturalen, stets ad nutum revokabeln Willen verpflichten wollen. Sonst würde es die vom Gesetz zur Konstituierung eines zivilen zwingenden Willens vorgeschriebenen Formen ergriffen haben.

Aber gerade aus diesem, aus dem Wesen der individuellen Willensfreiheit selbst herfließenden begrifflichen Grunde ergibt sich, daß dies eben nur da gilt, wo die Nichtbeobachtung der vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeit das Nichtdasein eines bindenden zivilen Willens überhaupt zur Folge hat, nicht aber da, wo nach der gesetzlichen Anschauung, trotz der Nichterfüllung der vorgeschriebenen Form, dennoch ein ziviler Wille vorhanden war und die vom Gesetz prohibierte, oder respek-

tive in zwingender Weise verlangte Form nur eine Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeit darstellt. Mit anderen Worten: wir langen hier wieder bei dem schon oben S. 230 fg. geführten Nachweis an, eine Entwickelung, auf welche hier, um das soeben Gesagte und das Nachfolgende richtig zu verstehen, ausdrücklich zurückverwiesen werden muß.

Das Resultat jener Entwickelung bestand eben darin, daß nur deshalb und nur da das neue, frühere Förmlichkeiten beseitigende Gesetz nicht zur Anwendung kommen dürfe, wo durch seine Anwendung eine vom bloß naturalen Willen gesetzte Verbindlichkeit in eine Verpflichtung des zivilen Willens verwandelt würde; eine Umwandlung, welche, weil sie das vom Individuum durch die Vermeidung der vorgeschriebenen positiven Form der Veränderlichkeit seines natürlichen Willens Vorbehaltene in einen Rechtszwang verkehrt, eine wahrhafte Rückwirkung in sich schließen würde.

Wo dagegen, trotz der nicht beobachteten Förmlichkeit, dennoch von Anfang an ein ziviler, mit Rechtszwang bekleideter Wille in der Handlung vorliegt und die vorgeschriebene Form also nur die Natur hatte, eine Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeit zu bilden, da tritt, wie wir schon dort gesehen haben, durch den Fortfall der prohibitiven oder zwingenden Formvorschrift und die Anwendung des neuen erleichternden Gesetzes keine solche Umwandlung und Denaturierung des individuellen Willens ein, da dieser ja von vornherein eine Zwangsverpflichtung begründete, sondern gerade nur eine Aufrechterhaltung des individuellen Willens und ein Gelten desselben innerhalb des ihm gebührenden Umfanges. Dieser ihm gebührende Umfang ist aber kein anderer, als der gesamte Umfang des Rechtes,

soweit nicht Prohibitivvorschriften entgegenstehen.

Fallen solche bisherige prohibitive Hindernisse fort, so dehnt sich die Wirksamkeit des in der an sich gültigen, in einer formell-gültigen Handlung vorhandenen zivilen Willens bis zu diesem seinen ganzen natürlichen Umfange aus.

Wir sehen also hier nun auch von dieser Seite in geschlossener Theorie bestätigt, was wir S. 230—249 von einem anderen Ausgangspunkt aus entwickelt und nachgewiesen haben.

Zugleich haben wir dort gesehen, wie ein sicheres Unterscheidungszeichen, ob die Erfüllung des eine Formalität prohibierenden oder in zwingender Weise vorschreibenden Gesetzes zur Konstituierung eines zivilen Willens erforderlich war, oder nur zu den Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeiten gehört, mit Leichtigkeit darin zu finden ist, ob die ohne die Beobachtung der betreffenden Förmlichkeit vorgenommene Handlung bei gerichtlichem oder eidlichem Eingeständnis derselben Rechtsschutz genießen würde oder nicht.

Ist also z. B. die gesetzlich erforderliche Tradition bei einem Verkaufe unterlassen worden, oder sind bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Förmlichkeiten, z. B. bei der Eheschließung Erklärung vor dem Zivilstandesbeamten, versäumt worden, so liegt überhaupt kein ziviler Wille zur Entäußerung, respektive zur Eheschließung vor. Denn hier kann die Tatsache des Verkaufes sogar durch schriftlichen Vertrag nachgewiesen, die Eheschließung in jeder anderen Form kann in jeder beliebigen Weise eingestanden oder bescheinigt sein — ohne die dazutretende Förmlichkeit der Tradition und respektive der Erklärung vor dem Zivilstandesbeamten ist keine gültige Entäußerung, keine

gültige Eheschließung eingetreten. Es ist also in diesem Falle wegen Unterlassung der zur Darlegung eines bindenden Willens für diese Handlungen vorgeschriebenen positiven Form gar kein ziviler Wille zur Entäußerung oder zur Eheschließung ins Leben getreten.

Hier kann daher ein die Erforderlichkeit dieser Formen aufhebendes Gesetz auf die früher vorgenommenen Handlungen nicht zur Anwendung kommen.

Ist dagegen z. B. ein Darlehen ohne schriftliche Urkunde unter einem den Zeugenbeweis in diesem Falle ausschließenden Gesetz geschlossen worden, so muß das denselben zulassende Gesetz zur Zeit des Streites zur Anwendung kommen, da hier auch unter dem alten Gesetz das Eingeständnis des Darlehens durch den Schuldner den Zwang zur Wiederzahlung für denselben zur Folge gehabt hätte, hier also auch damals ein ziviler Wille in dem mündlichen Darlehnskontrakt vorlag.

Soweit bildet das hier Gesagte nur eine Rekapitulation des oben näher Entwickelten, wenn wir hier auch die Richtigkeit desselben noch tiefer durch das Wesen der prohibitiven und zwingenden Gesetze und ihr begriffliches Verhältnis zur individuellen Willensfreiheit bestätigt gefunden haben.

Nunmehr ist es aber am Ort, eine weitere Folgerung zu ziehen.

Wenn nämlich bei dem Fortfall eines Förmlichkeiten prohibierenden oder in zwingender Weise vorschreibenden Gesetzes die Anwendung des neuen, diese Formen beseitigenden Gesetzes auf frühere Handlungen nur deshalb und nur insoweit eine Rückwirkung darstellen würde, als dadurch ein früher bloß naturaler, d. h. stets ad nutum revokabler Wille in einen mit Rechtszwang bekleideten zivilen verwandelt würde, so ergibt sich hieraus

mit Notwendigkeit die nachstehende Folgerung. Die Folgerung nämlich, daß auf solche Akte, welche, wie die Testamente, wenn sie auch alle von positiven Gesetzen vorgeschriebene Formen erfüllen, dennoch durch ihre rechtliche Natur selbst stets für den Handelnden ad nutum revokabel bleiben, immer das neue, früher erforderliche Förmlichkeiten beseitigende Gesetz zur Zeit des Todes Anwendung finden muß.

Die begriffliche Notwendigkeit dieser Folgerung ist in unserem Zusammenhange einleuchtend. Sie liegt bereits mit Evidenz in dem vorigen Satze selbst. Da nämlich Testamente auch bei Erfüllung aller Formalitäten stets widerruflich sind, und diese Akte somit niemals eine bindende Verpflichtung für den Testator darstellen, können die von einem Gesetz für Testamente verlangten positiven Formalitäten auch niemals die Bedeutung haben, zur Konstituierung eines bindenden Willens vorgeschrieben zu sein, sondern immer nur die Bedeutung, als Beweis für das Dasein eines ernstlichen Willens überhaupt vom Gesetz verlangt zu werden[1]). Als solche bloße Beweis- und Beglaubigungsförmlichkeiten findet somit nach dem Vorigen notwendig ein erleichterndes Gesetz zur Zeit des Todes auf sie Anwendung. Bis zum Tode des Testators bleibt der Wille desselben ein stets abzuändernder, bloß naturaler. Erst mit dem Tode desselben wird er mit zivilem Rechtszwang bekleidet. Ob nun aber ein naturaler Wille deutlich, unzweifelhaft und ernsthaft genug an den Tag gelegt sei, um mit Rechtszwang bekleidet werden zu können, ist eine Frage, die, um verneint zu werden, diese

[1]) Auch in Rom verhält es sich so mindestens mit dem prätorischen Testament; wie es sich daselbst mit dem altzivilistischen verhält, wird erst im zweiten Bande klar werden.

Verneinung schlechterdings aus demjenigen Gesetz empfangen muß, welches in dem Augenblicke existiert, wo der naturale Wille diese Eigenschaft des Rechtszwanges erlangen soll. Wenn der naturale Wille nur in dem Moment, wo diese Verbindung vor sich gehen soll, nach dem dermaligen Gesetz ernstlich und unzweifelhaft genug ist, um sie beanspruchen zu können, so ist natürlich nichts gleichgültiger, als was frühere Gesetzgeber und Gesetze früherer Zeiten darüber gedacht haben.

Es ergibt sich hieraus also für Testamente eine doppelte Regel. Ist das Testament in bezug auf seine Formalitäten dem Gesetze zur Zeit seiner Anfertigung entsprechend, so ist und bleibt das Testament gültig, wenn auch das Gesetz zur Zeit des Todes größere Förmlichkeiten verlangt. Es bleibt gültig, weil es eine individuelle Handlung darstellt, deren Vernichtung durch ein späteres Gesetz als das zur Zeit der Handlung geltende eine Rückwirkung desselben darstellen würde. Zwar haben wir (§ 6) gesehen, daß der Gesetzgeber in der Tat dem Individuum im Interesse größerer Zweckmäßigkeit die Aufrechterhaltung und Bestätigung seines Willens in der von ihm vorgeschriebenen Form, also die Wiederholung der individuellen Handlung — vorausgesetzt, daß diese Wiederholung nur vom freien Willen des einzelnen abhängt — aufgeben kann, ohne eine Rückwirkung zu begehen. Aber wir sahen auch daselbst, daß dies Recht nur aus dem Rechte des Staates fließt, positive Lasten aufzuerlegen, und daß daher, wenn diese Verfügung nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber getroffen worden ist, der Richter sie nicht ergänzen kann.

Wenn aber zweitens das Testament zur Zeit seiner Errichtung wegen eines Verstoßes gegen ein bestimmte Formen prohibierendes oder zwingend vorschreibendes Gesetz

ungültig gewesen ist, jedoch zur Zeit des Todes infolge eines Gesetzwechsels den von dem neuen erleichternden Gesetz geforderten Formalitäten entspricht, so konvalesziert vermöge der entwickelten begrifflichen Notwendigkeit das Testament und ist gleichfalls gültig.

In dem Vorstehenden haben wir nun die innere theoretische Notwendigkeit entdeckt, vermöge welcher so häufig die Gesetzgebungen verfügt haben, daß Testamente in formeller Hinsicht gültig sein sollten, wenn sie, obwohl nach den gesetzlichen Formalitäten zur Zeit ihrer Errichtung ungültig, nur denjenigen Förmlichkeiten entsprechen, welche das spätere Gesetz zur Zeit des Todes verlangt.

So rechtfertigt sich uns hier auch in bezug auf die Testamente der mit solchem Unrecht so vielfach angegriffene, und nur, wie oben (S. 246 fg.) gezeigt worden ist, wegen zu weiter und ungenauer Ausdrucksweise zu tadelnde § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, welcher verfügt:

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeiten nach den älteren Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streites[1]) dabei angetroffen werden."

In der Tat hatte Suarez hierbei besonders gerade die Testamente vor Augen. Denn bei der revisio monitorum

---

[1]) In bezug auf Testamente kann natürlich auch nach der Absicht des Allgemeinen Landrechtes nur von den Gesetzen zur Zeit des Todes, nicht zur Zeit eines etwaigen späteren Streites, die Rede sein; denn durch die Ungültigkeit des Testamentes nach den Formgesetzen zur Zeit des Todes wäre der Nachlaß bereits den Intestaterben anerfallen, denen er selbstredend durch ein späteres Gesetz über Testamentsförmlichkeiten nicht wieder entzogen wird.

bemerkte er gegen den allgemeinen Grundsatz von der Nichtrückwirkung der Gesetze[1]): zwei Fälle gebe es aber doch, wo ein neues Gesetz ad casus praeteritos gezogen werden könne, nämlich:

a) wenn es die vorhin auf eine Handlung gesetzte Strafe mildert oder aufhebt, z. B. das Deserteuredikt;

b) wenn es die Form, woran vorhin die Gültigkeit einer Handlung gebunden war, simplifiziert oder abkürzt, z. B. die Solennitäten der Testamente[2]).

---

[1]) Siehe Bornemann, a. a. O., S. 18.

[2]) Das Resultat, das sich aus unseren Untersuchungen für den § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht ergibt, ist also, daß er durchaus theoretisch richtig ist in bezug auf die Testamente insbesondere und in bezug auf alle bloßen Beweis- und Beglaubigungsförmlichkeiten im allgemeinen (s. oben S. 246 fg.), und daß er nur dann falsch ist, wenn die vom älteren Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten zur Konstituierung eines bindenden zivilen Willens unerläßlich waren. Wenn letzteres wegen der steten Widerruflichkeit des Testamentes niemals die Bedeutung der für dasselbe vorgeschriebenen Formen sein kann, so wird es dagegen meistens die Bedeutung der für unwiderrufliche Akte vorgeschriebenen sein. Bei diesen werden die vom Gesetz verlangten positiven Formen meistens die Bedeutung haben, daß ohne sie ein ziviler bindender Wille überhaupt nicht ins Leben getreten ist. Die hauptsächlichsten unwiderruflichen Akte sind wieder die zweiseitigen Verträge. Und so erklären sich nun von hier aus und erlangen jetzt erst ihre wahrhafte theoretische Rechtfertigung und Begründung die Entscheidungen des königl. Obertribunals, daß der § 17 der Einleitung, trotz der Allgemeinheit seiner Fassung, auf zweiseitige Verträge nicht zu beziehen sei, weil der bei dem Mangel einer wesentlichen Förmlichkeit fehlende bindende Konsens durch ein diese Förmlichkeiten beseitigendes späteres Gesetz nicht ergänzt werden könne (vgl. Rechtsfälle, IV, 186; Entscheidungen, XVII, 242; Präjud. 2097 in Entscheid. XVII, 509,

Savigny findet gerade auch in bezug auf Testamente den § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht höchst verwerflich (System, VIII, 409—412), und seine Ansicht hierüber ist die allgemeine der Autoren.

Allein diese Ansicht beruht nur darauf, daß gar nicht in die Tiefe der Sache hinabgestiegen, sondern bei ganz äußerlichen Gründen und Betrachtungen stehen geblieben worden ist. Nach der gegebenen begrifflichen Entwickelung verschwinden dieselben von selbst.

---

und Archiv für Rechtsf., I, 21). Wie aber diese Entscheidung erst hier durch die von uns geltend gemachte Unterscheidung des zivilen und naturalen Willens und die gesamte, darauf basierte weitere Entwicklung den Nachweis des ihr zugrunde liegenden richtigen begrifflichen Momentes erlangt, so hat sich uns dadurch zugleich auch schon die theoretische Mangelhaftigkeit dieser Entscheidungen ergeben. Diese liegt nämlich einerseits darin, daß sie nicht die bloßen Beweisförmlichkeiten auch bei zweiseitigen Verträgen von sich ausnehmen, sich also nicht auf die Förmlichkeiten beschränken, welche zur Darlegung eines zivilen Willens erforderlich sind; andererseits wieder darin, daß sie, soweit es sich eben von solchen Formen handelt, welche das Gesetz zur positiven Bedingung für die Anerkennung eines bindenden zivilen Willens überhaupt gemacht hat, nicht umgekehrt auch die einseitigen Akte unwiderruflicher Natur in sich einschließt. So kann z. B. auch ein Verzicht, welcher nach den vom Gesetz zur Zeit seiner Errichtung verlangten Formen nichtig ist, nicht dadurch gültig und nun mit Wirksamkeit akzeptiert werden, daß er den Formvorschriften eines späteren Gesetzes entspricht. Denn immer würde dadurch dem Individuum ein unverbindlicher, stets seiner natürlichen Freiheit anheimgegebener Wille in einen verbindlichen, mit Rechtszwang bekleideten, ohne individuelle Willensaktion und durch die bloße Aktion des späteren Gesetzes, gewaltsam umgewandelt werden, was, wie wir früher gesehen haben, eine flagrante Rückwirkung darstellen würde.

Savignys eigentlicher Gegengrund reduziert sich darauf, daß der „wahre Vorteil des Testators, nämlich die Aufrechterhaltung des wahren, ernsten, besonnenen Willens" durch die „dem juristischen Grundsatz widersprechende" Bekräftigung eines bis dahin unwirksamen Testamentes nicht befördert werde. Allein dies ist zunächst eine Betrachtung, welche die eigentliche Rechtssphäre — das, was aus der Rechtsidee mit Notwendigkeit folgt — verläßt und auf das Gebiet der Zweckmäßigkeitsgründe hinabsteigt; die Behauptung, daß diese Konfirmierung eine „dem juristischen Grundsatz widersprechende" sei, ist eine reine petitio principii. Der ganz äußerlich aufgefaßten und festgehaltenen Formel (tempus regit actum) widerspricht diese Konfirmierung allerdings — und es stößt Savigny eben hierbei zu, Formel und Grundsatz miteinander zu verwechseln —, aber was den „juristischen Grundsatz" anbetrifft, so haben wir gerade gezeigt, wie vermöge der immanenten Notwendigkeit der logischen Rechtsidee selbst die Wirksamkeit eines solchen Testamentes gesetzt ist. Die juristisch-grundsätzliche Notwendigkeit wäre also nicht in Abrede zu stellen, wenn die Sache selbst als eine äußerlich unzweckmäßige zugegeben werden müßte. Allein auch in bezug hierauf stößt Savigny dabei eine petitio principii zu. Wenn er behauptet, daß im Interesse des wahren Vorteils des Testators, zur Aufrechterhaltung des wahren, ernsten, besonnenen Willens, die schwereren, z. B. gerichtlichen Formalitäten erforderlich oder mindestens dienlicher seien, so ist dies eine Behauptung, die er vom Standpunkt des aufgehobenen älteren Gesetzes, oder von seinem subjektiven Standpunkt herab ausspricht. Savigny übersieht, daß er sich bei der Beurteilung dieser Frage lediglich auf den Standpunkt des neuen, in Kraft befindlichen Gesetzes stellen muß.

Nach der Anschauung des neuen Gesetzgebers, nach dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein also, sind auch in bezug auf Zweckmäßigkeit nur die leichteren, geringeren Formen erforderlich, um das Dasein eines wahren, ernsten, besonnenen Willens zu manifestieren. Wie sollte also der Gesetzgeber zu dem Widerspruch kommen können, das, was ihm als hinreichend ernste Willensmanifestation bei der gesamten Generation für die Zukunft erscheint, als nicht hinreichende in bezug auf die schon bestehenden Willenserklärungen dieser Art anzusehen, da ja doch durch das Erscheinen des neuen Gesetzes dieselben durchaus nicht irrevokabel und ohne Einwilligung des Testators mit Rechtszwang bekleidet werden? Alle Testamentserrichtung kann ja, wie Savigny anderwärts selbst anerkennt, weil Testamente usque ad extremum spiritum vitae widerruflich bleiben, nur als die faktische Vorbereitung eines Aktes betrachtet werden, der seine juristische Vollziehung erst mit dem letzten Lebenshauche erhält. In bezug auf die zur formellen Gültigkeit vorgeschriebenen Formalitäten muß es somit auch von diesem Gesichtspunkt aus hinreichen, wenn nur jenen Formen genügt ist, die zur Zeit dieser juristischen Vollziehung erforderlich waren, gerade so wie es auch bei einem notariellen Kaufakte oder einem anderen zweiseitigen Vertrage nicht darauf ankäme, ob die zur Zeit des Entwurfes des Aktes, sondern nur ob, bei inzwischen eingetretenem Gesetzwechsel, die zur Zeit der Vollziehung des Aktes vom Gesetz geforderten Formalitäten erfüllt werden.

Savigny unterstellt, diese nachträglich eintretende Gültigkeit habe in einer beabsichtigten „Milde und Schonung" ihren Grund.

Wie vollständig hierbei der wahre theoretische Zusammenhang der Sache verkannt wird und wie wir in

unserer Entwickelung nur wahrhaft das zum begrifflichen Selbstbewußtsein gebracht haben, was innerlich der Bestimmung des Allgemeinen Landrechtes zugrunde liegt, zeigt sich am besten durch Art. 10 des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 zum Allgemeinen Landrecht. Derselbe lautet:

„Da auch die Fälle sich häufig ereignen dürften, wo die Handlung oder Begebenheit, aus welcher streitige Rechte unter den Parteien entspringen, zwar schon vor der Publikation des Landrechtes sich ereignet haben, die rechtlichen Folgen derselben aber erst nachher eintreten, so finden wir nötig, wegen solcher Fälle nachstehende nähere Bestimmung festzusetzen:

„Es soll nämlich in dergleichen Fällen jederzeit darauf Rücksicht genommen werden: ob es noch in der Gewalt desjenigen, von dessen Rechten oder Pflichten die Rede ist, gestanden und bloß von seinem freien Entschlusse abgehangen, die rechtlichen Folgen der früheren Handlung oder Begebenheit, durch Willenserklärungen oder sonst, zu bestimmen und auf andere Art, als in dem neuen Landrecht geschehen ist, festzusetzen, oder ob eine solche abändernde Bestimmung in der Gewalt und einseitigen Entschließung desjenigen, den die Handlung oder Begebenheit angehe, nicht mehr gestanden habe?

„Im letzteren Falle sollen die auch später eintretenden rechtlichen Folgen dennoch nur nach den älteren Gesetzen, welche zur Zeit der vorgefallenen Handlung oder Begebenheit gültig gewesen sind, beurteilt werden.

„Im ersteren Falle hingegen soll, wenn auch die Handlung oder Begebenheit älter, aber keine solche abändernde Bestimmung vorhanden wäre,

bei Beurteilung der erst nach dem 1. Januar 1794 eintretenden rechtlichen Folgen, dennoch nur die Vorschrift des gegenwärtigen neuen Landrechtes Anwendung finden."

Es bedurfte jetzt nur der Hersetzung dieses Artikels, um zu zeigen, wie die Unterscheidung desselben zwischen unwiderruflichen und beliebig abzuändernden Akten innerlich auf nichts anderem beruht, als auf der oben angegebenen Unterscheidung zwischen dem naturalen und dem bindenden zivilen Willen und der daraus abgeleiteten Entwickelung. Es ist jetzt von selbst evident, wie die Verfügung des § 17 der Einleitung, soweit sie die Testamente im Auge hat, nichts anderes ist als eine konsequente und notwendige Folgerung des dem Art. 10 des Publikationspatentes zugrunde liegenden Gedankens.

Auch der badische Gesetzgeber ging von derselben Ansicht, wie das Allgemeine Landrecht, aus. Es heißt in dem Publikationspatent, welches im Jahre 1809 bei der Einführung des Code Napoléon als Landesgesetz für das Großherzogtum Baden erlassen wurde, § 11, Nr. 3:

„— — Hiernächst sollen auch jene Testamente, die vorhin, es sei kurz oder schon länger her, errichtet worden sind, und nach dem gedachten 1. Juli durch den Tod des Erblassers zur Wirksamkeit kommen, für kräftig erachtet werden, nicht nur wenn sie den altgesetzlichen Formen gemäß sind, sondern auch alsdann, wenn sie nach solchen zwar einen Mangel hätten, der aber nach diesem Landrecht aufhört, ein Mangel zu sein, da der Gesetzgeber wie der Richter mit Recht voraussetzt, daß der Erblasser gewollt habe, daß sein Wille in jeder Form, in der es gesetzlich möglich, erhalten werde."

In den Worten: „wie der Richter", ist sehr richtig anerkannt, daß es durchaus keiner besonderen gesetzgeberischen Verfügung für diesen Zweck bedarf, sondern sie auch ohne solche der Richter selbst aus der reinen Rechtsidee abzuleiten hatte.

Ebenso stimmt im Prinzip die hannoversche transitorische Verordnung vom 23. August 1814 (Allgemeine Vorschrift Nr. IV) mit dem § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht überein[1]).

Wie Savigny und die deutschen Autoren überhaupt, so sind auch die französischen Schriftsteller der Ansicht, daß das spätere Gesetz nicht ein zur Zeit der Errichtung for-

---

[1]) In der hannoverischen Verordnung heißt es daselbst: „Die während der Unterbrechungszeit mit Anwendung der in den fremden Rechten vorgeschriebenen Solennitäten vollzogenen Geschäfte und Verträge bestehen der Form nach auch ferner, und soll selbst, so oft der Wille und der gute Glaube der Interessenten außer Zweifel sind, die bloße Versäumung einer nach den fremden Gesetzen erforderlichen, nach unseren Gesetzen jedoch überflüssigen und unwesentlichen Förmlichkeit der Gültigkeit des Geschäftes dann nicht entgegenstehen, wenn die durch unsere Gesetze etwa vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind." Diese Verfügung sucht also gerade das, woran, wie wir nachgewiesen haben, der § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht krankt, durch eine faktische Beweisfrage zu beseitigen, was als ein nicht zu billigender Versuch bezeichnet werden muß. Gerade die Testamente anlangend, fährt sie a. a. O. fort: „Über die Form der hier ausgenommenen, während der Unterbrechungszeit errichteten Testamente werden besondere Verfügungen folgen." Allein es muß hierbei bemerkt werden, daß, da hier jetzt das gemeine Recht an die Stelle des französischen trat, ein in bezug auf die Testamentssolennitäten schwierigeres Recht auf ein geringere Förmlichkeiten verlangendes Gesetz folgte und insofern also die eben in Rede stehende Frage hier nicht zur Anwendung kam.

mell ungültiges Testament validieren könne. Nur Meyer[1]) vertritt die entgegengesetzte Ansicht, will sie aber irrtümlich durch die römisch-rechtlichen Bestimmungen über das testamentum militare begründen, so daß der Widerlegung, die ihm Merlin[2]) zuteil werden läßt, nur beigepflichtet werden kann.

Wenn aber Merlin, von der Widerlegung Meyers und seines Mißverständnisses abgesehen, daselbst ausrufen zu können glaubt: „On ne peut donc pas plus argumenter de la nouvelle loi pour le valider (le testament) que pour l'annuler", so läßt er dabei die eigene Gesetzgebungsgeschichte seines Landes unbeachtet, die ihn sehr wohl zu einer richtigeren Ansicht hätte anleiten können. In der Tat, unter jener instinktiven Operation des Begriffes, welcher wir so fortlaufend begegnen und die man in der Regel als praktisches Rechtsgefühl zu bezeichnen pflegt, hat auch die französische Gesetzgebungsgeschichte keinen Mangel an Gesetzen, welche sich die Befugnis zuschrieben, die zur Zeit ihrer Anfertigung aus formellen Gründen ungültigen Testamente nachträglich zu validieren. Die Ordonnanz von 1735 hatte alle letztwilligen Verfügungen für nichtig erklärt, welche nicht von den öffentlichen Beamten selbst, vor denen sie aufgenommen wurden, niedergeschrieben würden, und in denen nicht ausdrücklich erwähnt würde, daß sie den Testatoren vorgelesen worden seien.

Nichtsdestoweniger konfirmierte eine Deklaration vom 24. März 1745 alle Testamente, welche die Notare des Parlamentsbezirkes von Aix von ihren Schreibern hatten niederschreiben lassen. Eine andere Deklaration vom

---

1) Principes sur les questions transitoires, p. 179 sqq.
2) Répert. de Jurispr. v⁰ Effet rétr., V. 589.

26. Januar 1751 verordnete dasselbe für den Bezirk des Parlamentes von Bordeaux. Durch eine dritte Deklaration vom 6. März desselben Jahres wurde dies auf alle Länder des droit écrit ausgedehnt. Durch eine Verfügung vom 24. März 1754 validierte Ludwig XV. alle von den Pastoren im Bezirk von Roussillon aufgenommene Testamente, in welchen der ausdrückliche Vorlesungsvermerk fehlte. Und endlich untersagte die Assemblée constituante durch Dekret vom 8. September 1791 die Anfechtung der früher von den Notaren in den Provinzen Vivarais, Lyonnais, Forez und Beaujolais aufgenommenen Testamente, in welchen die Notare bloß den Mangel der Unterschrift der Testierenden konstatiert hatten, ohne, wie erforderlich gewesen war, ausdrücklich zu bemerken, daß dieselben selbst erklärt hatten, nicht unterzeichnen zu können[1]).

§ 12. Absolute Pflicht der sofortigen Einwirkung neuer Gesetze. Die Rechtsidee. Strafrecht. Res judicata in Strafsachen.

Endlich bedarf es noch der Heraushebung eines letzten Momentes, welches schon allem Bisherigen stillschweigend zugrunde lag und eben nur in seiner begrifflichen Gedankennatur bestimmt aufgezeigt und hervorgehoben werden muß.

---

[1]) Dies Dekret verfährt auch nach der von uns in bezug auf den Unterschied der hängigen Klage und der res judicata in § 9 entwickelten Theorie, indem es mit Recht, da es ein zwingendes Gesetz darstellt, auch die Abweisung der bereits hängigen Nichtigkeitsklagen verordnet, dagegen die noch nicht exequierten, aber bereits rechtskräftigen Urteile unangetastet läßt. Es heißt in dem Gesetz ausdrücklich: „. . . valide à cet effet lesdits testaments et autres actes de dernière vo-

Die Wirkung des in Rede stehenden Momentes ist diese: daß jedes neue Gesetz, insofern es einem Individuum zugute kommt und nicht wahrhaft erworbene Rechte[1]) eines anderen Individuums verletzt, sofort zur unbedingtesten Anwendung kommen muß. Da, wo die Lage der Individuen durch das neue Gesetz nur verbessert wird und individuelle erworbene Rechte nicht beeinträchtigt werden, läßt sich von Rückwirkung gar nicht reden. Die rechtliche Natur dieses Momentes ist von den Römern wiederholt anerkannt worden, z. B. in dem Reskript der Kaiser Theodosius und Valentinianus[2]): „Rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari praecipimus, nisi forte aliquid est, *quod non laedat alium et prosit petenti*, vel crimen supplicantibus indulgeat." Noch viel gründlicher und umfassender aber wird dieser Grundsatz in den Pandekten ausgesprochen in folgender Form: „Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem *meliorem quidem*, etiam *ignorantis et inviti nos facere posse*, deteriorem *non* posse[3])."

---

lonté en ce qui concerne ladite omission; *défend aux tribunaux* d'avoir *égard aux demandes déjà formées* ou qui pourraient l'être par suite, afin d'en prononcer la nullité *sans préjudice néanmoins de l'exécution des jugemens rendus en dernier ressort ou passés en force de chose jugée* avant la publication du présent décret."

[1]) Wir drücken uns hier der Kürze halber so aus, verweisen aber ausdrücklich darauf, daß die in § 7 besprochenen, neuen absoluten Gesetzen entgegenstehenden Rechte, weil sie von Anfang an nur auf die Zeit bis zum Eintreten der prohibitiven Gestaltung des Rechtsbewußtseins erworben würden und werden konnten, von jetzt ab aufhören, erworbene Rechte darzustellen, wie dort nachgewiesen worden ist.

[2]) L. 7 C. de prec. Imper. (1, 19).

[3]) Gajus, L. 39 de neg. gest. (3, 5).

Fragt man aber nach dem innersten begrifflichen Grunde dieses Momentes, so ist es kein anderer als folgender: Kein Individuum hat ein Recht darauf, daß irgend etwas bereits den Inhalt des allgemeinen Geistes bilde, Gesetz sei. Aber jedes Individuum hat das erworbenste Recht darauf, daß das, was einmal den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, auch für es, dieses Individuum, da und vorhanden sei. Es ist dies eine Forderung, welche nichts Geringeres als den formellen Begriff des allgemeinen Geistes selbst bildet: für alle einzelnen da zu sein. Es ist dieses Moment des Begriffes, auf welchem das obligatorische Wesen des Gesetzes überhaupt, der zwingende Trieb desselben, Wirklichkeit zu haben, und ebenso das im Wesen der Gesetzes liegende Moment der Gleichheit für alle, somit der Begriff des Gesetzes überhaupt beruht[1]).

Die Wirkung dieses Begriffsmomentes hat keine andere Grenze, als diejenige der durch individuelle Willens-

---

[1]) Dies ist auch nach uns zum Unterschiede von den bisherigen Auffassungen (z. B. Böcking, Einleitung in die Pandekten usw., § 1, Note 2; Savigny, I, 407 fg.) die wirkliche spekulative Bedeutung der Definition des Ulpian (L. 10 de justitia et jure, 1, 1): „*Justitia* est constans et perpetua voluntas *jus suum cuique tribuendi,*" und § 1: „*Juris* praecepta sunt (haec: honeste vivere, alium non laedere) *suum cuique tribuere.*" Das Moment, für alle einzelnen dazusein — die Auflösung der Substanz in das Fürsichsein der Individuen — liegt schon in der Rechtssubstanz selbst, und bildet daher den gemeinschaftlichen Begriff von *jus* und *justitia*. Auf der eben entwickelten Natur dieses Begriffsmomentes, die aber von ihm nicht theoretisch bewältigt und deshalb zu schiefen Folgerungen getrieben worden ist, beruht auch die Struvesche Ansicht, daß der Gesetzgeber über die zeitliche Anwendung der Gesetze zu verfügen überhaupt inkompetent sei.

aktionen erworbenen Rechte anderer Individuen, wie dies schon aus dem im § 1 Gesagten erhellt. Es kommt nämlich hier nur zu seiner systematischen Anerkennung und Konsequenz, was daselbst bereits aufgezeigt worden ist, daß aus dem Wesen des Gesetzes als dem für obligatorisch erklärten allgemeinen Vernunftinhalt die Pflicht des unbedingten sofortigen Platzgreifens des Gesetzes folge, und dieser durchdringende Zug nur die aus seinem eigenen Begriffe hervorfließende Schranke habe: menschliche *individuelle Willenshandlungen nicht denaturieren zu dürfen.*

Wo also nicht auf solche individuelle Willenshandlungen, d.i. erworbene Rechte, gestoßen wird, respektive solche vom Individuum nicht geltend gemacht werden, weil seine Lage durch das neue Gesetz gebessert wird, da muß der neue Vernunftgehalt des allgemeinen Geistes sein *Dasein für alle einzelnen* bewähren, also sofort zur Anwendung kommen. Daß das neue Gesetz die Lage der Individuen *bessernd* abändert, ist gerade *möglichste Aufgabe* jedes Gesetzes und keine *Rückwirkung* desselben.

Zugleich nannten wir diese begriffliche Forderung, daß, was einmal bereits den gegenwärtigen Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, auch für jeden einzelnen da sei, ein *erworbenes* Recht des *Individuums.* Sie muß aber in der Tat das *erworbenste von allen Rechten* genannt werden.

Im Staat ist ein jeder einzelne durch sein gesamtes Leben, Denken und Wirken Mitproduzent des allgemeinen Geistes, oder muß doch als solcher angesehen werden. Hat er als einzelner kein Recht darauf, daß ein Vernunftgehalt bereits den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes ausmache, dessen Werden rein sich selbst gehorcht, so

hat er dagegen das peremtorischste Recht, daß alles, was einmal als zum Inhalt des allgemeinen Geistes gehörend bereits anerkannt ist, auch für ihn sei, und ihm, dem einzelnen, zugute komme. Dies ist das Urrecht des Individuums dem Staate gegenüber. Dies Recht, nach dem behandelt zu werden, was bereits den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, ist nicht durch eine einzelne Handlung, es ist durch das gesamte Handeln und Wirken des Individuums im Staate und für das allgemeine Wesen konstituiert und erworben. Es ist das absolute erworbene Recht des Individuums, von welchem auch alle anderen bestimmten erworbenen Rechte nur einzelne Ausflüsse bilden.

Wenn man auf diesen allein richtigen philosophischen Rechtsbegriff der Sache zurückgeht, ergibt sich auch, welche absolute Rechtswidrigkeit in der angeblichen „Billigkeit und Schonung" liegt, mit welcher man häufig geglaubt hat, vom gesetzgeberischen Standpunkt aus die Anwendung neuer Gesetze für gewisse Klassen oder Individuen zugunsten der bisherigen Ansprüche anderer Klassen oder Individuen zeitweise suspendieren zu müssen oder zu dürfen. So sagt z. B. Savigny[1]) über die Fideikommisse (vgl. oben S. 337 fg.): „Sehr schwierig ist die Lösung dieser Aufgabe — (nämlich der, «die höchste Schonung und Billigkeit in die Ausführung des neuen Gesetzes zu legen») — bei der Aufhebung von Fideikommissen, indem hier die Ansprüche und Erwartungen der zur Nachfolge berechtigten einzelnen Personen in hohem Grade ungewiß sind. Eine Verminderung des Nachteiles kann darin gesucht werden, daß die Ausführung etwas verschoben wird."

---

[1]) VIII, 539.

Und in der Tat haben häufig bei Fideikommissen wie bei anderen ähnlichen Anlässen Gesetzgebungen, z. B. die westfälische und andere (vgl. oben S. 101, Note 1), von diesem vermeintlichen Billigkeitsstandpunkt aus die Ansprüche der nächsten Anwärter berücksichtigend verfügen zu dürfen geglaubt, daß trotz der Aufhebung der fideikommissarischen Substitutionen die durch diese gegebenen Primogenituransprüche der bisherigen Berechtigten des nächsten Grades aufrecht bleiben sollten[1]). — Die gründliche und begriffliche Betrachtung der Sache zeigt, wie wir gesehen haben, daß diese angebliche Billigkeit vielmehr höchste Unbilligkeit und Widerrechtlichkeit ist. Diese Schonung übersieht in ihrer Unklarheit, daß sie, um bestehende Ansprüche, die aber von vornherein mit dem Vorbehalt der Aufhebung bei dem Eintreten einer prohibitiven Gestaltung des allgemeinen Bewußtseins erworben wurden (§ 7) und deren Aufhebung daher keine Verletzung erworbener Rechte bildet, zu schonen, das erworbenste aller Rechte verletzt, das Recht der nach dem neuen Gesetze zur Sukzession usw. Berufenen, daß dasjenige, was bereits den Inhalt des gegenwärtigen allgemeinen Rechtsbewußtseins bildet, auch für sie sei!

Unter der besonderen Herrschaft dieses Momentes steht, wie aus der Natur der Sache von selbst hervorgeht, das Strafrecht. Es folgt dies aus dem sehr einfachen Grunde, daß im Strafrecht dem Individuum niemals ein anderes Individuum, sondern stets nur die Ge-

[1]) Der positive Nachweis, was bei der Aufhebung von Fideikommissen eintreten muß, um wahrhafte Rückwirkung und widerrechtliche Verletzung der bisherigen Berechtigten zu vermeiden, kann, worauf wiederholt verwiesen werden muß, erst bei der Spezialbetrachtung dieser Materie, in den Anwendungen sub II, b, gegeben werden.

sellschaft als solche gegenübersteht. Eine dem Individuum günstige Aufhebung oder Milderung von Strafgesetzen kann also niemals auf erworbene individuelle Rechte stoßen, welche allein die Einwirkung des neuen milderen Gesetzes zu einer Rückwirkung machen würden. Es ergibt sich also hieraus, daß die Anwendung des neuen günstigeren Strafgesetzes ebensowohl wenn es eine bestimmte Art von Strafe (z. B. Todes-, Pranger-, Prügelstrafe) ganz aufhebt, als wenn es Handlungen, die bisher mit Strafe bedroht waren, der Pönalität entkleidet, eine absolute Forderung des Begriffes ist, und zwar ganz ebensosehr in dem Fall, wo nur das Vergehen vor dem neuen Gesetz begangen, als in demjenigen, wo auch der Kriminalprozeß bereits hängig, als endlich in dem Fall, wo bereits ein rechtskräftiges Strafurteil vorliegt. Es ist ein kaum begreiflicher Beweis von der erdrückenden und tötenden Macht der Formel, daß die Hinfälligkeit des rechtskräftigen Strafurteils, welche mit der gesetzlichen Aufhebung des strafbaren Charakters der dem Urteil zugrunde liegenden Handlung[1]) notwendig und als unvermeidliche Konsequenz der Rechtsidee selbst eintreten muß, nicht nur von den Juristen mit Stillschweigen übergangen, sondern sogar so häufig ausdrücklich in Abrede gestellt wird. Die Quelle dieses merkwürdigen Irr-

---

[1]) Oder mit einer derartigen Milderung des Strafmaßes, daß die im Urteil zuerkannte Strafe das Maximum der von dem neuen Gesetze verhängten überschreitet; denn wo sich die zuerkannte Strafe innerhalb des Maximums des neuen Strafgesetzes hält, ist der Widerspruch zwischen dem Urteil und dem neuen Gesetz, welcher eben das Urteil abrogiert, gar nicht eingetreten. Es kann hier vielmehr dieselbe Handlung auch nach dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein mit demselben Strafquantum belegt werden.

tumes lag natürlich in den geläufigen Vorstellungen von der Unerschütterlichkeit und Autorität der res judicata. Aber diese Vorstellungen, richtig an sich selbst, treiben sich durch diese Anwendung auf Strafurteile geradezu zum Unfug. Das Zivilurteil begründet, wie wir gesehen haben, erworbene Rechte für Individuen, und diese bleiben, als durch individuelle Handlung einmal gültig erworben, bestehen, wenn auch ihr Entstehungsgrund fortfällt (§ 3). Aber beim Strafurteil die res judicata als ein erworbenes Recht der Gesellschaft ansehen zu wollen, muß als absurd bezeichnet werden. Denn dies erworbene Recht würde auf nichts anderes hinauslaufen, als auf ein erworbenes Recht der Gesellschaft, das Individuum gegen ihr gegenwärtiges öffentliches und zwingendes Bewußtsein zu behandeln. Hätte sie ein solches Recht, das als der logische Widerspruch selbst nicht einmal gedacht werden kann, so würde sie doch niemals die geringste Anwendung von demselben machen können, da auch das Interesse der Gesellschaft als solcher lediglich gerade darin besteht, ihren geistigen Inhalt zu realisieren, nicht ihn selbst zu negieren oder als negiert zu erhalten.

Wie wenig übrigens ein solches Recht vorhanden ist und wie sehr es vielmehr das absolute Recht des Individuums ist, das ihm günstige Platzgreifen des zu dem früheren Inhalt des allgemeinen Bewußtseins, aus welchem das Strafurteil hervorgegangen ist, in Widerspruch stehenden neuen Rechtsbewußtseins des öffentlichen Geistes zu fordern, ist oben aus dem Begriff des Geistes selbst bereits mit Notwendigkeit erwiesen. Endlich werden überhaupt durch ein Strafurteil nicht seitens der Gesellschaft „Rechte erworben", weil dies nur durch individuelle Handlungen geschehen kann (§ 1), und solche zwar im

Zivilprozeß, aber nicht in der vindicta publica enthalten sind. Das Strafurteil stellt vielmehr nur einen Schluß dar, durch welchen der einzelne wegen einer besonderen Handlung unter ein Allgemeines — das Gesetz — subsumiert wird[1]). Sowie die Propositio major als falsch nachgewiesen wird — und das neue Gesetz, welches die früher verbotene Handlung nicht mehr verbietet, oder das früher dafür mögliche Strafmaß oder die Strafart abschafft, enthält den authentischen gesetzgeberischen Beweis für diese Falschheit —, so wird der Schluß falsch und zessiert von jetzt ab von selbst. — Es stellt sich hier sehr deutlich der Unterschied der Bedeutung der res judicata in Zivil- und in Strafsachen heraus. Das Zivilurteil beruht, wie wir gesehen haben (S. 259 und Note 1 das.), durchaus nicht auf der Fiktion der absoluten Wahrheit, wie es denn auch nur inter partes Beweis macht, sondern es stellt eine Novation dar, d. h. ein, abgesehen von seinem ursprünglichen rechtlichen Entstehungsgrund, durch Willenshandlung erworbenes selbständiges Recht. Das Strafurteil dagegen, bei welchem eine erwerbende Willenshandlung gar nicht vorhanden ist, beruht in der Tat auf dieser Fiktion der absoluten Wahrheit, wie es denn auch inter omnes Beweis macht.

Aber eben weil das Strafurteil auf dieser Fiktion beruht, muß, wenn der legale und anerkannte Beweis für die Unwahrheit der Fiktion eintritt, wenn infolge einer Entwickelung des allgemeinen Volksbewußtseins das früher als absolute Wahrheit Geltende jetzt zur Unwahrheit geworden, auch hier der Satz platzgreifen: Fictio

---

[1]) Diese Handlung ist mit dieser Strafe zu belegen. Cato hat diese Handlung begangen. Folglich ist er mit dieser Strafe zu belegen.

cedit veritati. Das rechtskräftige Strafurteil kann also unmöglich in die Zeit hinein fortwirken[1]), in welcher die Strafbarkeit der durch das Urteil faktisch konstatierten Handlung durch das Rechtsbewußtsein des allgemeinen Geistes und somit durch die Rechtssubstanz selbst ausgeschlossen ist.

Daß eine Strafe, z. B. die Todesstrafe, trotz eines rechtskräftigen Urteiles, der Rechtsidee zufolge, nicht mehr vollstreckt werden kann, wenn ein neues Gesetz diese Strafe abgeschafft und somit für unzulässig erklärt hat, wird schwerlich Widerspruch finden. Dasselbe muß

---

[1]) Nicht fortwirken! Es ergibt sich also von selbst, daß bereits gezahlte Geldstrafen wegen Abschaffung des Strafverbotes nicht zurückgefordert werden können. Sie sind bereits in den Besitz (§ 9) der juristischen Person des Fiskus übergegangen. Überdies kann, weil das Recht nur als historisches Recht wirkliches Recht ist, keine Strafexekution zu einer im juristischen Sinne widerrechtlichen werden dadurch, daß sie dem Rechtsbewußtsein einer späteren Zeit widerspricht. Wenn jemand also z. B. zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt ist, und nach dem ersten Jahre seiner Haft durch ein neues Gesetz die Strafbarkeit seiner Handlung abgeschafft wird, so würde es nach der Strenge der Prinzipien das Verbrechen einer widerrechtlichen und ungesetzlichen Beraubung der persönlichen Freiheit darstellen, den Verurteilten die weiteren vier Jahre in Haft zu halten, da dies eine fortlaufende Exekution eines aufgehobenen Gesetzes bilden würde. Aber was das abgelaufene Jahr betrifft, so würde, wenn in diesem Staate die Einrichtung bestände, daß unschuldig Verhaftete Entschädigung erhalten sollen, der Verurteilte gleichwohl eine solche durchaus nicht begehren können, da durch die gegenwärtige Änderung der Rechtsanschauung dies nicht geändert wird, daß, weil das Recht nur als historisches in die Erscheinung tritt, die Haft während jenes Jahres eine rechtmäßige war.

aber sogar in noch stärkerem Grade dann gelten, wenn ein neues Gesetz eine früher für strafbar erklärte Handlung für straflos erklärt, oder, was dasselbe ist, nur dann für strafbar, wenn sie bestimmte, früher nicht erforderliche Requisite trägt. Denn hier ist die Änderung des allgemeinen Rechtsbewußtseins nicht nur in bezug auf das Wie? der Bestrafung eingetreten, sondern sie ist die noch viel substantiellere, das Was des zu Bestrafenden betreffende. Wie unwiderleglich der von uns entwickelte Grundsatz ist, wird jedem handgreiflich fühlbar werden, wenn man den häufig genug eintretenden Fall unterstellt, daß durch die Änderung des allgemeinen Rechtsbewußtseins die früher verbotene Handlung jetzt sogar als eine verdienstliche angeschaut wird. So besteht in mancher Gesetzgebung oder Praxis der Grundsatz, daß gewaltsame Selbsthilfe gegen Beamte, welche mit Überschreitung ihrer gesetzlichen Befugnis die persönliche Freiheit des Bürgers beeinträchtigen, z. B. bei illegaler Verhaftung, Haussuchung usw., ein Vergehen sei. Diese Rechtsanschauung aber kann sich ändern und der entgegengesetzten Platz machen, daß in solchem Falle der Widerstand ein unbedingtes Recht, ja sogar eine den allgemeinen Rechtssinn entwickelnde, den Bürgermut durch Beispiel und Tradition kräftigende, den Beamtenübermut daniederhaltende und der Herrschaft einer strengen Gesetzlichkeit günstige verdienstliche Handlung sei, wie es in der Geschichte nicht an Beispielen solcher Gesetzgebungen fehlt[1]). Wenn ein

---

[1]) Es genüge als solches Beispiel die vom französischen Konvent erlassene Verfassung vom 23. Juni 1793 anzuführen (die übrigens darin durchaus nicht allein steht). Art. 11 der Erklärung der Menschenrechte: „Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait

solches Gesetz eintritt, so wird es jedem einleuchten, daß die Fortsetzung der Bestrafung der früher Verurteilten wegen Handlungen, die nach der jetzigen Anschauung des öffentlichen Geistes als pflichtmäßige und patriotische betrachtet werden, unmöglich sein und respektive selbst eine Negation des Volksbewußtseins und seines öffentlichen Rechtes, also eine absolute Verletzung des Rechtsbegriffes darstellen würde. Allein dies gilt offenbar nicht bloß, wo der Gegensatz so schneidend ist, daß die früher verpönte Handlung durch den geistigen Umschwung zu einer pflichtmäßigen geworden ist, sondern überall, wo sie durch Aufhebung des Verbotes zu einer erlaubten geworden. Denn hiermit ist sie als eine solche gesetzt, welche der Domäne der individuellen Freiheit angehört, deren fortdauernde, von jetzt ab auf keinem Dasein eines Verbotgesetzes beruhende Bestrafung also der Rechtsidee nach ein Vergehen gegen die persönliche Freiheit wäre.

Es wäre auch sehr irrig zu glauben, daß es die Sache der Amnestien oder Begnadigungen wäre, den Widerspruch der beiden aufeinanderfolgenden Zeitbewußtsein in bezug auf die rechtskräftigen Urteile auszugleichen, obgleich hin und wieder die Amnestien zu diesem Zwecke dienen mußten.

---

l'exécuter par la violence, *a le droit* de le repousser par la force." — Art. 33: „La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme." — Art. 34: „Il y a oppression contre le corps social, lorsqu'un seul de ses membres est opprimé; il y a oppression contre chaque membre, lorsque le corps social est opprimé." — Art. 35: „Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple, et pour chaque portion, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs."

Amnestie wie Begnadigung setzt immer voraus, daß die zu amnestierende Handlung auch nach der jetzigen Rechtsanschauung eine strafbare bleibt. Sonst wäre nichts an ihr zu amnestieren (zu vergessen). Die hier entwickelte Folge dagegen besteht darin, daß von Rechts wegen, durch die bloße Kraft der Rechtsidee als solcher, die weitere Bestrafung der nicht mehr mit Strafe belegten Handlung ausgeschlossen ist. Das rechtskräftige Strafurteil, das auf einem Strafgesetz beruht, welches abgeschafft und durch kein Gesetz gleichen Inhaltes ersetzt worden ist, ist als ein solches zu betrachten, welches durch die in dem gesamten Volksbewußtsein, dieser alleinigen Substanz alles Rechtes, vorgegangenen höheren Rechtsentfaltung außer Kraft gesetzt oder, außer in Hinsicht auf seine schon vergangene Wirkung, kassiert worden ist.

Das hier Erörterte faßt sich also dahin zusammen, daß der Satz nulla poena sine lege nicht nur die Bedeutung habe, daß eine Strafe nicht ohne Gesetz verhängt werden dürfe, sondern ebensosehr die, daß auch nach schon begonnener Strafvollstreckung diese ohne das frühere oder ein mit ihm identisches Gesetz nicht fortdauern kann.

Wie bereits bemerkt, Jurisprudenz wie Autoren sind in ihrer bis zum sinnlosen Götzendienst verknöcherten Anbetung der Formel von der res judicata in der Regel taub geblieben gegen diese ipso jure durch ein neues milderes Strafgesetz eintretende Wirkung, die wir als eine absolute Forderung der Rechtsidee nachgewiesen haben, und zwar die französischen Juristen [1]) nicht weniger als die deutschen.

---

[1]) So z. B. Merlin, Répert. v° Effet rétr., Sect. III, § 11, No. 2: „La loi qui vient substituer des peines plus douces à celles que des jugemens antérieurs et passés en force de chose jugée, ont infligées à des crimes ou délits de la même nature, réduit-elle de plein droit et sans qu'elle s'en explique formel-

Dagegen ist bei den Gesetzgebern hin und wieder sogar eine ausdrückliche Sanktion des hier entwickelten Momentes nachzuweisen, so wenig auch das Nichtvorhandensein einer solchen in einem Gesetze, bei der aus dem Begriffe des Rechtes selbst mit Notwendigkeit folgenden Natur der Sache, irgend als Gegengrund geltend gemacht werden kann.

So ist unter dem offenbaren Einflusse dieses Momentes der § 18 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht entstanden: „Die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Übertreter zustatten, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publikation des neueren Gesetzes noch nicht vollzogen war."

Hieran ist nur auszusetzen, daß, wurde dies einmal durch besondere gesetzgeberische Bestimmung berührt, die Einwirkung auf die Strafminderung beschränkt ist und nicht auch für den Fall angeordnet wurde, wo die durch das rechtskräftige Urteil festgestellte Handlung nach dem neuen Gesetz straflos ist.

Jedenfalls aber enthält hierin das preußische Allgemeine Landrecht eine ahnende Anerkennung des durch die wahre Theorie Gebotenen.

Was soll man hiernach zu dem eingetretenen Fortschritt sagen, wenn es in dem 1851 in Preußen verkündeten allgemeinen Strafgesetzbuch ausdrücklich heißt, in den Allgemeinen Bestimmungen, Art. VII:

---

lement, les condamnations prononcées par ces jugemens? Non: une fois que la condamnation pénale est prononcée en dernier ressort et passée en force de chose jugée, il n'y a plus qu'un acte exprès et spécial du souverain qui puisse en faire cesser l'effet!"

„Der § 18 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht wird hierdurch aufgehoben“

und dem entsprechend in Art. IV daselbst die günstige Einwirkung des neuen Strafgesetzes auf den Fall beschränkt wird, wo die Handlung früher begangen oder noch nicht rechtskräftig abgeurteilt worden ist?!

Es ist jener tiefe ahnungsvolle Haß gegen alle Intelligenz, welcher die preußische Reaktionsperiode seit 1849 kennzeichnet und sich wie ein durchdringender Fluch sogar auf jede solche Einzelheit ausbreitet, wo der Grund und Zusammenhang dieses Hasses nicht einmal zum Bewußtsein kam, welcher die preußische Reaktion zwang, die Lichtblicke ihrer eigenen im vorigen Jahrhundert erlassenen Gesetzgebung zu streichen.

In umfassender Weise der nachgewiesenen Forderung der Rechtsidee zu entsprechen, dazu hatte den begrifflichen Instinkt und die edle Humanität nur die „blutdürstige“ Epoche der französischen Revolution. Infolge des von der Assemblée constituante am 6. Oktober 1791 erlassenen neuen Code pénal verordnete die Assemblée législative im Gesetz vom 3. September 1792 ausdrücklich (Art. 1—4), daß alle rechtskräftig Verurteilten, die zu einer härteren Strafe als der durch das neue Strafgesetzbuch über dasselbe Vergehen oder Verbrechen verhängten verurteilt seien, berechtigt seien, sich an die Tribunale erster Instanz zu wenden, welche ihre Strafe in Gemäßheit der im neuen Code pénal ausgesprochenen reduzieren sollten; ferner (Art. 5), daß infolge des vom neuen Code pénal auf zwanzig Jahre beschränkten Maximums der Freiheitsstrafen überhaupt und der von ihm aufgehobenen Galerenstrafe bei allen früher zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe Verurteilten die Lebenslänglichkeit derselben sofort fortfallen, die Galerenstrafe aber unter

Anrechnung der bereits verbüßten Zeit in die Strafe der réclusion oder gêne in Gemäßheit des neuen Code pénal verwandelt werden solle, so daß, wenn die schon verbüßte Zeit der im Code pénal fixierten gleich sei, die Verurteilten sofort in Freiheit zu setzen seien, und wenn sie geringer sei, sie nur noch den Rest der im Code pénal fixierten verbüßen sollten[1]).

Und hier sieht man wieder recht deutlich hervortreten, was wir in der Einleitung (S. 95fg.) über die politische

---

[1]) Ja, in einer edeln Humanität ging die Assemblée législative noch weiter, als die Prinzipien strikte fordern. Da der neue Code die Aburteilung durch Geschworene an Stelle der alten Kriminalprozedur gesetzt hatte, in welcher die Richter, wie das Gesetz im Préambule sagt, nicht konnten „combiner le fait avec l'intention et les circonstances et prononcer d'après une conviction morale," so verordnete die Versammlung, unbekümmert um die Einwürfe der Reaktion gegen die praktische Ausführbarkeit wegen zu großer Geschäftsüberbürdung der Beamten usw., daß die Verurteilten sich an die Kriminaltribunale erster Instanz wenden und diese nun nach Art einer Jury „in ihrer Seele und auf ihr Gewissen nach Einsicht der Piècen und nach Beschaffung aller möglichen Aufklärungen" darüber entscheiden sollten, ob das Verbrechen, welches zu der Strafe Anlaß gab, excusable war oder nicht, und daß sie, im Fall sie es für excusable fänden, den vollen Straferlaß, welches auch die Gattung der Strafe sei, aussprechen sollten. — Wir sagen, es war dies mehr, als nach den Prinzipien strikte gefordert werden kann, weil dies eine Einwirkung auf das frühere formelle Prozedurgesetz darstellt, die frühere Rechtmäßigkeit eines Prozedurgesetzes aber, und ebenso die Kompetenz des durch dasselbe bestellten gesetzlichen Richters, das faktische Dasein eines Verbrechens zu konstatieren, in bezug auf die früheren, unter jenem Gesetz erfolgten Urteile durch das neue geänderte Rechtsbewußtsein der Rechtsidee nach nicht negiert wird, wie aus unseren Entwicklungen von selbst folgt.

Geschichte des Nichtrückwirkungsbegriffes im allgemeinen und über die unter Napoleon eintretende Gedankenerschlaffung gesagt haben.

Trotz des soeben angeführten großartigen Beispieles der Französischen Revolution wird nämlich sofort, als am 25. Frimaire VIII — und man erinnert sich, daß drei Tage vorher, am 22. Frimaire VIII, die Konsularverfassung proklamiert wurde — ein neues milderes Gesetz erlassen wird, welches mehrere frühere als crimes qualifizierte Eigentumsvergehen in die Klasse der bloßen Korrektionellvergehen versetzte, dasselbe im Art. 19 zwar auch noch auf die bereits ergangenen Urteile angewendet, aber nur auf solche, gegen die noch ein Kassationsrekurs hängig sei.

§ 13. Schlußbetrachtung. Örtliche Kollision der Gesetze.

Es haben sich uns jetzt die Momente des Begriffes, den wir im § 1 zuerst nur als abstrakten Begriff aufstellen konnten, in ihrer konkreten Vollständigkeit ergeben. Es hat sich dabei gezeigt, wie der Begriff der individuellen Willenshandlung und das Postulat der Unverletzlichkeit dieser Rechte oder der Nichtrückwirkung auf dem Begriff der Willensfreiheit beruhen, beide zunächst im Unterschied und Gegensatz zur Bewegung der rechtlichen Substanz als solcher, oder der Einwirkung der Gesetze auf die bloß gesetzlichen Rechte. Es hat sich gezeigt, daß die scheinbar aus nicht eigenen Willenshandlungen, sondern aus Ereignissen oder Handlungen dritter Personen, und somit scheinbar aus dem bloßen Gesetz entspringenden erworbenen Rechte eben nur ganz scheinbar Aus-

nahmen hiervon machen, da sie, in ihrer wahrhaften spekulativen Auffassung, vom Rechte vielmehr gleichfalls als durch die geistige Willensaktion des Individuums vermittelt gedacht werden, und so den waltenden Begriff, statt ihn zu widerlegen, nur bestätigen, wobei sich das verschlossene innere Wesen zahlreicher Rechtsinstitute ergeben hat.

Es hat sich herausgestellt, daß der spekulative Begriff und gerade *nur* er — die Kraft hat, aus seiner eigenen Dialektik heraus die Unterschiede zu entwickeln, welche in der Fülle der speziellen Fälle zur Geltung zu kommen haben, Fälle, deren konkrete und bei größter äußerer Ähnlichkeit in sich unendlich unterschiedene Natur von der abstrakten Allgemeinheit der das begrifflich Verschiedenste unter einen Hut bringenden vulgären juristischen Formel überall verletzt und mißhandelt wird. — Bis dahin war die Untersuchung immer nur von dem *Gegensatz* der *individuellen Willensfreiheit* und der *rechtlichen Substanz als solcher* (Gesetz) ausgegangen, ein Unterschied, auf welchem der entwickelte Begriff überhaupt beruht. Aber diese Gegensätze sind nicht bloß *abstrakte* Gegensätze, sondern jeder von beiden hat auch den anderen *schon in sich selbst*, schließt sich mit ihm in eine *Einheit* zusammen. Die individuelle Willensfreiheit und Willenshandlung ist nur dann eine *rechtliche* oder gültige, wenn sie die rechtliche Substanz (das Gesetz) *als vermittelnde* (vermittelndes, erlaubendes Gesetz) in sich hat, wie ebenso umgekehrt, soweit die rechtliche Substanz zur individuellen Freiheit sich affirmativ verhält und sie als berechtigt anerkennt, die individuelle Freiheit selbst zur rechtlichen Substanz des Volksgeistes gehört.

Auf *diesem spekulativen Gesetz* des Geistes —

der Identität der begrifflichen Gegensätze, von denen jeder den anderen schon in sich selbst hat — beruht es, als auf seinem tief-innersten Grunde, daß beide Gegensätze nicht in abstrakt-ausschließende Stellung zueinander treten können; daß also, wenn die rechtliche Substanz durch ihre Fortentwickelung dazu gelangt, der individuellen Willenshandlung nicht mehr als vermittelnde einzuwohnen, sondern sich prohibitiv zu ihr zu verhalten, die individuelle Willenshandlung nicht mehr fortwirken kann und hierbei dennoch von keiner Rückwirkung und Verletzung der Willensfreiheit die Rede ist, weil jene Einheit mit der rechtlichen Substanz als vermittelnder von Anfang an die substantielle Grundlage und Voraussetzung der rechtlichen Willensfreiheit selbst bildet, eine Voraussetzung, an deren Dasein sie also durch ihre eigene substantielle Natur gebunden bleibt. Und ebenso beruht es auf diesem selben spekulativen Grundgesetz, daß, wenn die Substanz durch ihre Entwickelung dazu gelangt, zu der prohibierten Handlung des individuellen Willens sich affirmativ zu verhalten und sie als ein Attribut seiner Freiheit anzuerkennen, hierdurch von selbst die substantielle Gültigkeit (Konvaleszenz) an dem Dasein der individuellen Willensfreiheit heraustritt (§ 7—12).

Diese begrifflichen Gesetze mit allen ihren näheren und so vielfach abgestuften und verwickelten Unterschieden, die gesamte Kasuistik der Fälle, haben sich uns in die Einheit des spekulativen Begriffes aufgelöst und als die durch seine eigene Kraft und Natur aus ihm hervorfließenden Bestimmungen ergeben. Der Wirrwarr der zusammenhanglosen, unvereinbaren und sich widersprechenden Regeln, in einem Gebiete, in welchem man selbst an der Möglichkeit verzweifelte, es unter eine Vielheit von bestimmten festen Grundsätzen zu bringen, hat sich uns,

wie die auseinanderlaufenden Radien, welche aus dem einen gemeinschaftlichen Lichtkern hervorfließen, in die zentralische Sonne des *einen* spekulativen Gedankenkerns zurückergossen, als dessen durch seine eigene Tätigkeit hervorgetriebenen Ausstrahlungen sie sich erwiesen haben. Nur wo diese *Einheit* ist, ist *Wissenschaft*, ist *System*, ist *Beweis* und *Gewißheit*.

Zugleich ist hierbei so wenig von einem *subjektiven* Gedanken die Rede, daß wir vielmehr überall im empirisch-historischen Material die disjecta membra dieses spekulativen Begriffes aufzuzeigen vermocht haben. Die bloße Empirie wird ewig das tränenreiche und vorbildliche Schicksal der Isis teilen, welche bei der Aufsuchung der zerstückelten Glieder des Gottes sie alle findet und sammelt — bis auf das *eine*! Wenn aber die *Philosophie* in der Empirie die zerrissenen Glieder ihres Gedankengottes aufsucht, so ist sie vor diesem Schicksal sicher. Denn die *Einheit* des Gedankens, dessen disjecta membra sie sammelt, ist eben selbst das Zeugungsglied, das Organ des sich selbst erfassenden Lebens, welches nun von selbst in fortzeugender Fruchtbarkeit seine positiven Resultate hervorbringen und die bisherigen Irrtümer beseitigen muß.

Und eben weil wir nur mit dem spekulativen Begriffe zu Werke gegangen sind, weil wir nur mit dem Begriff der individuellen Willensfreiheit einerseits und der rechtlichen Substanz (Gesetz) andererseits operiert und durch die alleinige Operation dieser Faktoren diese ganze Materie entwickelt haben, haben wir *mehr* als unsere Aufgabe gelöst. Wir haben unter anderm auch die Frage nach der *örtlichen* Kollision der Gesetze *im Prinzip* gelöst. Dieselbe *muß* durch die vorstehende begriffliche Entwickelung im Prinzip gelöst sein, denn sie beruht

gleichfalls nur auf denselben Begriffsmomenten, dem Begriff der individuellen Willensfreiheit und dem Begriff der rechtlichen Substanz als solcher, und ihren Verschlingungen untereinander. Ob diese Verschlingungen in der Zeit oder im Raume stattfinden, muß notwendig identisch sein, denn diese sinnlichen Daseinsformen sind selbst ihrem Begriffe nach identisch, und es muß innerlich völlig gleichgültig sein, in welchem dieser beiden Elemente seine begriffliche Kollision sich äußert. So ist die schon von Savigny ausgesprochene Ahnung dieser Identität, seine Behauptung eines „inneren Zusammenhanges" der örtlichen und zeitlichen Kollision (VIII, Vorr. VII), die er dann aber in der Entwickelung seiner Lehre nicht durchführen konnte, zu ihrer wahrhaften, zur innersten Identität zusammensinkenden Erfüllung gekommen. Den praktischen Nachweis zu führen, daß in unseren Entwickelungen auch die prinzipielle Lösung örtlicher Kollisionsfragen an sich gegeben ist, würde Sache einer neuen voluminösen Darstellung und Auflösung der einzelnen örtlichen Kollisionsfragen und für uns kein Gegenstand mehr von hinreichendem Interesse sein. Wir begnügen uns daher mit zwei Bemerkungen. Erstens kann man die Formel aufstellen, daß wo, wenn die Kollision auf eine zeitliche reduziert wird, der Richter das neue Gesetz anwenden müßte, im Falle der örtlichen Kollision der Richter das Recht des Prozeßforums zu hören hat; daß aber in Fällen, wo, wenn die Kollision eine zeitliche wäre, das Gesetz zur Zeit der Handlung zur Anwendung kommen müßte, bei der örtlichen Kollision in bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person das Recht des Domizils, in bezug auf die formelle Gültigkeit der Handlung das Recht des Ortes der Handlung, in bezug auf die rechtlichen Wirkungen

derselben aber das durch die, wenn auch stillschweigend an den Tag gelegte individuelle Absicht der Parteien bestimmte Recht in Anwendung zu bringen ist, welches dann, je nachdem, gleichfalls das Recht des Ortes der Handlung oder des Domizils, oder des Erfüllungsortes sein kann, eine Auswahl, in der die Entscheidung von der Interpretation des faktischen Willens der beiden Parteien abhängt, und daher, wie man mit Unrecht stets übersehen hat, als bloße Schwierigkeit der faktischen Absichtsvermittelung gar keine Kollision von Gesetzen darstellt, ebendeshalb aber auch insoweit den Kreis der von uns erörterten Prinzipien überschreitet. Nur muß, um große Irrtümer zu verhüten, bemerkt werden, daß ein Gesetz, welches in bezug auf die Bürger des eigenen Landes prohibitiv oder absolut ist, dies darum durchaus noch nicht immer in internationaler Beziehung, in bezug auf Angehörige eines anderen Staates oder einer anderen Gesetzgebung ist. Wenn z. B. ein preußisches Gesetz verordnete, daß vor dem fünfundzwanzigsten Jahr niemand majorenn sein könne, so wäre dies Gesetz, da ihm die Privatwillkür nicht derogieren kann, prohibitiv, aber nur für die Preußen. Dies Gesetz will nur den Preußen den Schutz verleihen, welcher in der bis zu einem gewissen Alter reiferer Vernunft versagten Handlungsfähigkeit enthalten ist. Aber es fällt ihm nicht ein, diesen Schutz auch den Ausländern aufzwingen und z. B. den französischen Gesetzgeber hindern zu wollen, seine Franzosen schon mit einundzwanzig Jahren majorenn zu erklären. Den Ausländern gegenüber wirkt daher dies Gesetz nur wie ein vermittelndes, und muß alle einundzwanzigjährigen Franzosen durch die Aktion ihres Gesetzgebers für ebenso majorenn erklärt betrachten, wie Preußen, die es durch Erklärung der

obervormundschaftlichen Gerichte sind. So zeigt sich nun, warum der einundzwanzigjährige Franzose, der in Berlin ein Darlehen kontrahiert hat, trotz des preußischen absoluten Gesetzes ebensogut in Berlin verklagt werden kann als in Frankreich. — In dem Gesagten tritt zugleich hervor, warum in bezug auf die Handlungsfähigkeit überhaupt nach den Gesetzen des Domizils da geurteilt werden muß, wo, die örtliche Kollision auf eine zeitliche reduziert, das Gesetz zur Zeit der Handlung maßgebend wäre. Hier könnte scheinen, bei der von uns behaupteten Identität im Falle der örtlichen Kollision vielmehr das Gesetz des Ortes der Handlung maßgebend sein zu müssen. Dies ist aber deshalb nicht der Fall, weil, wie wir oben sahen, alle Gesetze über die Handlungsfähigkeit sich dem Ausländer gegenüber nur erlaubend (vermittelnd), diejenigen seines eigenen Landes hierüber aber absolut zu ihm verhalten. Hat er also nach dem Gesetz des Ortes die Handlungsfähigkeit nicht, wohl aber nach dem seines eigenen Landes, so muß er, weil das Gesetz des Ortes ihm gegenüber erlaubend, das Gesetz seines eigenen Staates aber absolute bekleidend einwirkt, als ein solcher angesehen werden, der sie hat, gerade etwa wie einer, der sie unter jenem Gesetz des Ortes wohnend, in einer von demselben für zulässig erklärten Weise durch besonderen Akt sich erworben hätte. Hat er umgekehrt die Handlungsfähigkeit nach dem Gesetz des Ortes, nicht aber nach dem seines Domizils, so muß er, weil sich das erste nur erlaubend zu ihm verhält, das zweite aber für seine Landesangehörige prohibitiv ist, als ein solcher angesehen werden, der sie nicht hat. Denn die Wirkung der bloßen Erlaubnis ist wie eine an eine nicht erfüllte Bedingung geknüpfte Erlaubnis durch das prohibitive Ge-

setz ausgeschlossen. — Nur in dem Angegebenen beruht der innere Grund der alten Theorie[1]), daß die Gesetze des Domizils immer als statutum personale auf die Handlungsfähigkeit wirken.

---

[1]) Siehe deren Literatur in: Story, Conflict of Laws, 2d edit., §§ 50—106. Vgl. auch den Prozeß Bauffremont. [Anm. d. 2. Auflage.]

III.

ANWENDUNGEN

Nach den ausführlichen Erörterungen, in welche wir bei der Entwickelung der Theorie eingegangen sind, kann es nicht unsere Absicht sein, hier derartige Rechtsfragen zu behandeln, deren Erledigung sich, selbst wenn sie nicht ausdrücklich besprochen sind, aus der Theorie von selbst hinreichend ergibt. Eine Kasuistik von Fällen zu schreiben, welche das eigene Denken ersparen soll, ist nicht im mindesten der Zweck dieses Werkes. Außer dem Erbrecht, dessen genaue Behandlung in doppelter Hinsicht noch zur Durchführung und Befestigung der Theorie selbst erforderlich ist, werden wir uns daher nur noch auf einige wenige Fragen einlassen, die durch ihre spezielle Natur ein besonderes Interesse empfangen oder eine besondere Schwierigkeit erregen können.

I. PERSONENZUSTAND UND HANDLUNGSFÄHIGKEIT.

A.

Ein nach verschiedenen Seiten hin nicht richtig aufgefaßtes interessantes Gesetz Justinians mag hier zunächst erörtert werden, weil bei richtiger Betrachtung desselben nicht nur sowohl seine scheinbare Schwierigkeit, als auch die falschen Folgerungen, zu denen es Anlaß gegeben hat, beseitigt werden, sondern es auch vorzüglich geeignet ist, sowohl durch sich selbst als durch den Vergleich mit anderen Gesetzen desselben Gesetzgebers deutlich herauszustellen, wie unleugbar Justinian unter der instinktiven Operation des im § 1 entwickelten Begriffes gestanden hat, und wie der dialektischen Tätigkeit desselben die unsere Materie berührenden Gesetze, selbst in ihren scheinbaren Widersprüchen, entflossen sind.

Durch die lex Junia war verordnet worden, daß bei gewissen unvollständigen Freilassungen der Freigelassene zwar der latina libertas teilhaftig und des Vermögenserwerbes fähig sein sollte, daß er aber beim Tode durch eine Fiktion wieder in den Sklavenstand zurückfallen und somit sein Vermögen nicht qua Erbschaft, sondern infolge dieser Fiktion dem Patron anerfallen sollte[1]).

---

[1]) Gajus, III, § 56; Ulpian, XX, §§ 8, 14, und Justinian (s. S. 537): „Quis enim patiatur talem esse libertalem, ex qua ipso tempore mortis in eandem personam simul et libertas et servitium concurrant et qui quasi liber moratus est, eripiatur non solum in mortem, sed etiam in servitutem?"

Durch die L. un. C. de Lat. libert. tollenda hebt Justinian diese unvollständige Freilassung auf, sie in eine vollständige mit allen Wirkungen der Zivität verwandelnd. Aber am Schlusse des Gesetzes fügt er hinzu, daß dasselbe nicht nur in bezug auf die schon gestorbenen Freigelassenen — denn in diesem Falle war das Vermögen derselben den Herren bereits erworben —, sondern auch auf die noch lebenden Freigelassenen[1]) unangewendet bleiben solle[2]).

Bergmann benutzt dies Gesetz, um daraus seine falsche Folgerung zu ziehen, daß ein Gesetz, welches den Personenstand verändert (und infolgedessen auch die Sukzessionsrechte), auf niemand angewendet werden dürfe, dessen Personenstand schon in der Vorzeit begonnen und reguliert war[3]).

---

[1]) § 13: „Sed si quidem liberti jam mortui sunt, et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt,* nihil ex hac lege innovetur, sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda. In *futuris* autem etc."

[2]) Beiläufig: Hier ist die Nichtanwendung ausdrücklich vorgeschrieben; aber hier hütet sich Bergmann, von seinem lahmen Argumente Gebrauch zu machen (s. oben S. 294, Note 1), daß eine ausdrückliche Hinzufügung des Gesetzgebers über die Rückwirkungsfrage zeige, wie nach der eigenen Ansicht dieses Gesetzgebers das von ihm Verordnete aus der reinen Rechtsidee nicht folge; ein Argument, mit welchem Bergmann freilich sehr bequem alle Vorschriften römischer Gesetze beseitigt, die nach ihm der römischen Auffassung von der Rückwirkung widersprechen würden, und das er anzuwenden vergißt, wenn, wie hier, das ausdrücklich Vorgeschriebene mit seiner Ansicht von der römischen Auffassung der Rückwirkung übereinstimmt.

[3]) Verbot der rückwirkenden Kraft usw., S. 96; vgl. das. S. 89.

Savigny, welcher diesen Irrtum Bergmanns nicht teilt[1]), will ebenso irrtümlich seinen Grundsatz darauf basieren[2]), daß die „künftigen Wirkungen vergangener Tatsachen" durch neue Gesetze nicht geändert werden können, eine ebenso wie ihr Gegenteil abstrakt-allgemeine Formel, deren Unrichtigkeit wir in den §§ 6 und 7 schlagend haben hervortreten sehen. An einer anderen Stelle[3]) sagt Savigny über dasselbe Gesetz: „Dieses war nun nicht ein neues Gesetz über die Erbfolge, wie es neuere Schriftsteller gewöhnlich ansehen, sondern über die Freilassung und die mit derselben verbundene Beschränkung des Vermögens. Die transitorische Vorschrift war der Natur des Rechtsverhältnisses völlig angemessen."

Savigny fühlt in diesen Worten die Rechtmäßigkeit der Vorschrift richtig heraus und nähert sich in gewisser Weise dem Grund derselben, ohne ihn jedoch wirklich aufzeigen zu können. Wenn das Gesetz kein Gesetz über die Erbfolge war — wie es denn dies in der Tat nicht war —, so war es dagegen, wie Bergmann S. 96 richtig und scharf genug aufzeigt, ein Gesetz über die Veränderung des ganzen Status der liberti Latini. Es war eine Konstitution über den Personenstand und eine aus dieser geänderten Rechtsfähigkeit der Person hervorfließende Veränderung der Sukzessionsrechte, respektive Einführung von solchen.

Wo aber infolge eines den Personenstand verändernden Gesetzes eine neue Rechtsfähigkeit, wie z. B. aktive testa-

---

[1]) Wie es sich hierüber in Wahrheit verhält, siehe oben S. 143—149.

[2]) System, VIII, 395. — Savigny druckt die Worte vel adhuc vivunt breit, da er in ihnen eben die Bewährung dieses Grundsatzes findet.

[3]) Das. S. 505.

menti factio, Intestaterbrecht usw. eintritt, da muß, wie nicht nur aus unserer Lehre, sondern auch aus der Savignys folgt[1]), dies Gesetz sofort alle lebenden Personen dieses Standes mit dieser Rechtsfähigkeit befassen. Niemand wird bestreiten, daß, wenn ein Gesetz den peregrini, welche sie nicht hatten, testamenti factio[2]) oder den Sklaven eine bestimmte Vermögensfähigkeit — z. B. auf irgendein peculium — verleiht, dies Recht sofort alle peregrini — und ebenso alle Sklaven in bezug auf von jetzt ab Erworbenes — ergreifen muß.

Die Latini Juniani konnten also sagen: Dieses Gesetz erteilt unserem Status eine bestimmte Rechts- und Vermögensfähigkeit, indem es denselben gänzlich aufhebt und in volle Freiheit und Zivität umwandelt. Es muß somit auf alle diesem Status angehörigen Personen sofort einwirken.

Weshalb ist nun dennoch das Gesetz rechtmäßig?

Aus dem sehr einfachen Grunde, weil diese Latini Juniani überhaupt nur durch den freien Willen ihrer Herren freigelassen worden waren, und weil also dies neue Gesetz, wenn es auch den Freigelassenen gegen-

---

1) Siehe z. B. VIII, 414—419, 452 fg., 461 fg., und a. a. O.

2) Der hier in Rede stehende Freigelassene — der Latinus Junianus — hatte testamenti factio und konnte also Testamentszeuge sein. Aber er hatte sie nicht in bezug auf sein eigenes Vermögen (s. die oben angeführte Stelle). Man kann das richtiger so ausdrücken: er hatte testamenti factio während des Lebens, verliert sie aber zur Zeit des Todes, wodurch dann von selbst ein vorhandenes Testament wegen mangelnder Fähigkeit ungültig wird. Denn der Nachlaßunfähigkeit des filius familias steht der Fall des Latinus Junianus nicht gleich, weil letzterer, zum Unterschied von jenem, während seines Lebens Vermögen für sich erwerben kann.

über nur *qua* Gesetz wirkt, doch die Berechtigten — die früheren domini der von ihnen freigelassenen Sklaven — nur durch Vermittelung einer individuellen Willensaktion derselben treffen und diese denaturieren würde, indem es ihr zum Nachteil der Berechtigten andere und größere rechtliche Folgen verleihen würde, als der dominus bei der Handlung der Freilassung gewußt und gewollt hat.

Es ist also ganz natürlich und logisch, daß das römische Gesetz, da es ja nicht die Sklaverei und die von ihr bedingte Vermögensunfähigkeit überhaupt als unzulässig aufhebt, sondern nur einen Mittelzustand aufhebt, der lediglich das freie Willensprodukt der Herren war, sich auf den Standpunkt der domini stellt und dieselben nicht nachträglich in eine größere Entäußerung ihrer Rechte versetzt, als die, welcher sie sich unterworfen haben.

Wir sehen so den von uns in § 1 entwickelten Begriff in dieser Verordnung Justinians schlagend bestätigt. Zugleich folgt hieraus, daß, wenn die Ursache, durch welche die ehemaligen Sklaven in die Junianische Latinität versetzt worden waren, eine von dem Willen der Herren unabhängige, also eine objektive oder — was in bezug auf die Herren dasselbe — nur in Willenshandlungen der Sklaven gelegene gewesen wäre [1]), jenes Gesetz Justinians im entgegengesetzten Sinne hätte verfügen und die Rechtsfähigkeit mit allen aus ihr fließenden Folgen allen lebenden Personen dieser Kategorie sofort erteilen müssen.

---

[1]) Wie z. B. durch gewisse Würden oder als Belohnung für gewisse Handlungen Sklaven ipso jure frei wurden; s. Dig. „Qui sine manumissione ad libert. perv." (40, 8), und Cod. „Pro quibus causis servi pro praemio libert. accip." (7, 13).

Und in der Tat läßt sich durch eine ganze Reihe von Gesetzen darlegen, daß Justinian diesen Unterschied sorgfältigg beobachtet und daher durchaus unter der Operation des von uns entwickelten Begriffes gearbeitet hat.

Werfen wir zunächst einen Blick auf ein schon früher (s. S. 147) bezogenes, die durch das Familienrecht bedingte Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person betreffendes Gesetz. Durch die Novelle 81 verordnet Justinian, daß durch die kaiserliche Verleihung gewisser Würden und Ämter an Familiensöhne dieselben ipso jure und ohne väterliche Emanzipation sui juris werden sollen. Und da hier ein solcher Fall vorliegt, wo, unabhängig von der individuellen Willensaktion des bisherigen Berechtigten, durch das objektive Dasein des Amtes[1]) die Gewalt des Familiengewalthabers gebrochen wird und die Rechtsfähigkeit mit ihren Folgen eintritt, so will Justinian, genau entsprechend dem von uns entwickelten Unterschiede, dieses Gesetz nicht nur auf solche angewendet wissen, welche wie in dem Gesetz über die Latina Juniani von nun ab in diese Lage geraten werden, sondern ebenso auf die, welche bereits früher eine solche Würde erlangt haben, so daß dieselben jetzt ohne weiteres dadurch sui juris sein sollen[2]). Er spricht dies auf das ausdrücklichste aus (Kap. 1, § 1):

---

[1]) Justinian denkt sich dies aufs schärfste so. „Ut ordinarii consules, si in potestate sint *simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, suae potestatis fiant,*" sagt er das. Kap. 1.

[2]) In diesem Ideenzusammenhange fällt nun ein helles Licht auf ein Institut des alten jus civile, die minima capitis diminutio, und speziell auf die zwei Fragen, warum auch der Emanzipierte, der doch nur die Rechtsfähigkeit gewinnt, durch die Emanzipation eine capitis diminutio erleidet, und warum

„... Quare sive *quis nunc* in potestate aliena *sit*, qui hisce honoribus aut magistratibus quos antea enumeravimus,

---

ferner die Vestalin (und ebenso der flamen Dialis), trotz ihres Austrittes aus der Familie, keine cap. dim. erleidet. Erstere Frage beantwortet Savigny (II, 56 fg.) mit Beziehung auf L. 3, § 1, de c. m. (4, 5): „cum emancipari nemo possit nisi in *imaginariam servilem causam* deductus," dahin, daß die altertümliche Form der Emanzipation, der formelle Durchgang durch die mancipii causa, davon der Grund gewesen sei. Allein dies heißt die Wirkung für die Ursache ausgeben. Denn dieser formelle Durchgang kann ja eben nur wieder als die symbolische Darstellung des in dem Akte tätigen Gedankens aufgefaßt werden, und es kehrt daher die Frage in der Form wieder: warum denn die Emanzipation mit jenem formellen Durchgang verbunden sein mußte? was also gar nichts anderes ist, als die Frage: warum sie ihrem Gedanken nach eine capitis diminutio in sich schließen muß? — Die zweite Frage, warum die Vestalin ohne cap. dim. aus der väterlichen Gewalt heraustritt, hat den Juristen seit jeher viel Kopfzerbrechen verursacht (siehe Cramer, Kleine Schriften [Leipzig 1837], S. 89 fg.; Savigny, II, 503 fg.), weil diese Tatsache gegen die kurrente Regel angeht, daß jede familiae oder status permutatio mit einer capitis diminutio verbunden sein muß. Wenn aber Böcking, a. a. O., I, 217, ausruft: „Also eine familiae oder status permutatio und doch keine capitis minutio? Weder solche mutatio, noch minutio," so kann dem durchaus nicht beigestimmt werden; denn die familiae permutatio kann ja nicht im geringsten bestritten werden! Sie tritt ja ganz handgreiflich darin hervor, daß die Vestalin nicht mehr in der Familie ab intestato erbt, noch so beerbt wird, testamentfähig ist und auch, wenn sie nach dreißigjährigem Dienst austritt, nicht wieder in die väterliche Gewalt zurückfällt, sondern sui juris bleibt, Tatsachen, die Böcking a. a. O. selbst konstatiert, und die doch auf das unanfechtbarste den Bruch des Familien- und Agnationsbandes und das Austreten aus demselben erweisen.

Die Antwort auf beide Fragen ist eine und dieselbe. Sie

fruitur, sive *postea futurus sit*, etiam hunc sequatur jus suae potestatis etc." Und ebenso im Kap. 2: „Neque

---

beruht auf dem Begriff des filius familias, der erst im zweiten Bande bei Behandlung des römischen Erbrechtes wahrhaft klargelegt werden kann, und auf den gedoppelten Seiten, die er enthält. Der Sohn erscheint im Eigentum des Vaters. Soll dies aufgehoben werden, so kann dies nur dadurch geschehen, daß ihn der Vater aus seinem Eigentum heraussetzt, d. h. ihn veräußert. Durch die Veräußerung wird aber etwas gerade als Sache gesetzt. Dies, daß eine Privatwillkür ihn, eine an sich freie (zur Freiheit bestimmte) Person, als ihre Sache setzt, enthält den Begriff der capitis diminutio für den Sohn in sich und zwingt ihn zu jener symbolischen Darlegung derselben, dem formellen Durchgang der mancipii causa. Man wird sagen wollen: wird auch durch die Emanzipation der Sohn notwendig als Sache gesetzt, so erleidet er doch keine neue cap. dim. hierdurch. Denn er war ja schon vorher die Sache des Vaters, er wird jetzt nur als das gesetzt, was er schon bis dahin an sich war, und die cap. dim. müßte hiernach schon im Zustand des filius familias beruhen, was nicht der Fall ist. Allein dies Räsonnement würde den später zu entwickelnden spekulativen Begriff des Verhältnisses verkennen, der hier nur flüchtig angedeutet werden kann. An sich ist der Sohn — und dies unterscheidet ihn vom Sklaven — freie Person, dazu bestimmt, seinerzeit von selbst sui juris zu werden; nur daß diese an sich freie Person in privatrechtlicher Willensidentität mit einer anderen Person steht, welche der zeitweilige allein berechtigte Träger und das Subjekt dieses zwischen beiden identischen Willens ist. Da also der Sohn an sich Willensperson ist, so ist er nicht Sache und in keinem Zustand der Verunehrung. Weil aber der Vater das zeitlich allein berechtigte Subjekt dieser Willensidentität ist, kann er ihn zu seiner Sache machen. Der Sohn ist also nicht Sache, sondern hat nur die Fähigkeit, vom Vater dazu gemacht zu werden. Von dieser bloßen Fähigkeit macht aber der Vater gerade dann Gebrauch, und muß ihn machen, wenn er seine Willensherrschaft über den Sohn auf-

enim volumus, ut qui ita suae potestatis *factus est* (also durch frühere Amtsverlegung) *vel fit* (durch künftige)."

Aber das Gesetz bleibt nicht einmal bei dieser so

---

heben will. Denn hierzu muß er ihn derselben entäußern, also gerade im Akt der Entäußerung als Sache setzen und behandeln. (Bis dahin behandelt er ihn, wie er ihn auch behandeln möge, immer als Sohn, als natürliche Identität, nicht als Sache; erst durch die Aufhebung der Identität, die in der Veräußerung, also in der Entlassung aus derselben vor sich geht, wird er als Nichtidentität und darum als bloße Sache gesetzt.) So erleidet der Sohn also gerade erst durch die Emanzipation die capitis diminutio, die seinem früheren Zustand fremd ist. — Gerät der Sohn aus der Willensherrschaft des Vaters ohne dessen Willkür, also ohne von ihm als Sache gesetzt zu werden, z. B. durch den natürlichen Tod des Vaters, so erleidet er diese capitis minutio also nicht. — Verhält sich dies nun so, so muß jetzt ganz klar sein, warum auch die Vestalin und der flamen Dialis, trotz der offenbaren familiae oder status permutatio, keine capitis min. erleiden können; denn sie werden ja nicht durch die Willkür des Vaters, sondern durch eine von dieser ganz unabhängigen Weise seiner Gewalt entzogen, werden somit nicht, wie bei der Emanzipation notwendig, zum Zweck der Befreiung als die Sache dieser Willkür gesetzt, erleiden deshalb also keine capitis min. und haben daher auch den Durchgang der mancipii causa nicht nötig. Die geistige Achse hiervon liegt also nicht, wie Böcking und Göttling meinen, in der Versetzung „in einen über den bürgerlichen erhabenen Rechtskreis," sondern, wie bei dem Fortfall der väterlichen Gewalt durch den Tod, wo ja der bürgerliche Rechtskreis derselbe bleibt, einfach darin, daß sie sui juris werden durch eine lediglich ihrerseits, nicht durch den Willen des Vaters eintretende Änderung, und ohne also durch jene Willkür als die Sache derselben behandelt zu werden, wie dies nach der justinianischen Novelle auch bei jenen Ämtern der Fall, und diese Aufhebung der väterlichen Gewalt deshalb gleichfalls ohne capitis diminutio ist.

schlagenden Analogie stehen. Justinian kommt vielmehr selbst darin auch auf den Sklavenstatus zu sprechen. Er ruft im Eingange des Gesetzes aus: „Si enim sancivimus, ut quando servus aliquis sciente domino militia dignus habitus, *vel dignitatem aliquam ab Imperatore consecutus est,* is *statim* liberetur et ad ipsam ingenuitatem transferatur, quare justum non esset, ut ille, qui talibus codicillis dignatus est, patria etiam potestate liberetur?" Also auch bei der Aufhebung des Sklavenstatus soll, wenn dieselbe durch ein Faktum vermittelt ist, welches ursprünglich nicht, wie beim Latinus Junianus, durch die bloße Willkür des Berechtigten hervorgebracht ist, sondern in dem objektiven Dasein einer vom Kaiser verliehenen Würde besteht, die Befreiung unmittelbar bei allen von früher her in dieser Lage befindlichen Sklaven eintreten, wie schon in den angeführten Worten selbst das „statim" und besonders das Perfektum „consecutus est" ebenso deutlich zeigen, als die von Justinian selbst gezogene Parallele mit der Befreiung durch Würden von der väterlichen Gewalt.

Es verhält sich ebenso, wenn die Freiheit des Sklaven dadurch eintritt, daß sich derselbe dem Mönchsstande gewidmet hat, also durch eine vom Willen des Herrn unabhängige und vielmehr in seinem eigenen Willen gelegene Erhebung in eine Sphäre von objektiver Geweihtheit vermittelt ist, eine Erhebung, welcher der Wille des Herrn sogar geradezu entgegengesetzt sein kann. In der Novelle 5, Kap. 2, § 1 und 2, verordnet Justinian nämlich, daß, wenn ein Sklave seinem Herrn entlaufen und in ein Kloster geflüchtet ist, um daselbst Mönch zu werden, er nicht nur nach Ablauf des Triennium, welches (s. Kap. 2, § 1) erforderlich ist, um der veste monachica et tonsura würdig erachtet zu werden, in den Stand der

Freiheit[1]) erhoben sein soll, sondern daß er sogar schon vor Ablauf dieses Zeitraumes von der Gewalt seines Herrn befreit sein und nicht von ihm soll reklamiert werden können (s. id. § 2), es sei denn, daß der Herr bewiese, der Sklave sei ihm nur entlaufen, um den Folgen eines strafbaren Lebenswandels zu entgehen. Und wieder zeigt der durchgehende Gebrauch der Tempora in dieser Novelle, zumal wenn man den griechischen Text vergleicht, daß dieses Gesetz sich auch auf solche Sklaven anwenden sollte, welche schon vor dem Erlaß desselben in ein Kloster eingetreten oder ihrem Herrn entlaufen waren.

Ganz entsprechend verfährt Justinian in der Novelle 123 über die Aufnahme von Sklaven in den geistlichen Stand überhaupt.

Er sagt daselbst Kap. 17: „Si servus sciente et non contradicente domino in clerum allectus sit, *ex ipsa allectione liber et ingenuus sit.*" Der griechische Text — *ἐξ αὐτοῦ τοῦ καταλεγῆναι* — zeigt durch den Infinitiv des Aorist ganz bestimmt, daß, auch wenn die Handlung der Aufnahme schon in der Vergangenheit geschehen ist, dies Gesetz sich auf sie anwenden und die Ingenuität hervorbringen soll. Und die hier hinzugefügte Bedingung: „. . . sciente et non contradicente domino" widerspricht dem von uns nachgewiesenen Begriffsunterschied keineswegs. In dem bloßen Wissen und Nichtwidersprechen seitens der Herren liegt so wenig eine Freilassung, daß Justinian noch in demselben Kapitel verordnet, daß, wenn der durch jenen mit Wissen seines Herrn aus-

[1]) . . . atque in libertatem vindicentur, nam si multis in casibus a lege quoque hoc fit et talis libertas datur, quidne divina gratia his vinculis eos liberare possit?

geführten Eintritt in den geistlichen Stand frei gewordene Sklave diesen Stand verläßt, er seinem Herrn wiederum als Eigentum anheimfallen soll (domino suo in servitutem tradatur). Der Herr konnte also vor diesem Gesetze sehr wohl den Eintritt des Sklaven in den Klerus vorübergehend zulassen wollen, nicht wissend, daß derselbe dadurch unwiderruflich seinem Eigentum entzogen sein würde.

Aber die Ursache der Freiwerdung wird hier gar nicht wie bei dem Latinus Junianus als in der bloßen Willensaktion des dominus liegend gedacht. Diese Ursache wird vielmehr gedacht als eine durch jene Privatwillkür des Berechtigten nicht hervorgebrachte eigene Erhebung des Sklaven in die geistige Geweihtheit dieses Standes. Die rechtliche Privatwillkür des Herrn hätte die geistige Erhebung nur verhindern können. Hat sie dieses nicht getan, hat diese Erhebung einmal rechtmäßig stattgefunden, so ist nun auch die Freiheit nur ein Ausfluß der durch das Wollen und Erlangen des Sklaven, nicht des Herrn, erwirkten geistigen Beschaffenheit. Weil also der hier bloß negative Wille des früher Berechtigten gar nicht die produktive Ursache der Freiwerdung oder des geistlichen Standes ist, in dem sich der Sklave befindet — während sie allerdings die alleinige Ursache des Standes des junianischen Freigelassenen war —, so muß diese nicht aus der individuellen Willensaktion der Berechtigten fließende Freiheitsursache alle die ergreifen, welche sich auch schon von früher her in diesem Stande befinden. Und sie wirkt nicht zurück, obgleich sie dies tut, weil eben diese Freiwerdung und dieser Stand des Sklaven, auf den sie sich gründet, durch eine objektive, respektive auf seiten der Sklaven liegende Ursache, nicht aber als durch die individuelle Willensaktion der früheren Berechtigten hervorgebracht angeschaut wird.

Denselben Begriffsunterschied beobachtet Justinian bei anderen, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen betreffenden Gesetzen. Durch Novelle 5, Kap. 5, hatte er verordnet, daß Mönche, die, ohne zuvor über ihr Vermögen verfügt zu haben, ins Kloster eintreten, jede Dispositionsfähigkeit darüber verlieren und das Vermögen, mit Ausnahme eines den Kindern der Eingetretenen ab intestato zu verabfolgenden Viertels, dem Kloster anheimfallen solle.

Aber nun entstand die Frage, ob dies Gesetz auch auf solche sich anwenden solle, die schon vor Erlaß desselben ins Kloster gegangen waren. Zur Schlichtung dieser Frage erläßt Justinian die Novelle 76, in deren Vorrede ausdrücklich gesagt ist, daß der in einem individuellen Fall entstandene Zweifel den Anlaß zu ihr gegeben habe. Und wieder entscheidet Justinian die Frage unter der sichtlichen Einwirkung des von uns entwickelten Begriffes. Der Eintritt in den Mönchsstand ohne vorhergehende Verfügung über das Vermögen war lediglich eine freie Willensaktion des Individuums. Den Verlust der Dispositionsfähigkeit über das Vermögen und respektive den Verlust des Eigentumes selbst auf Grund eines späteren Gesetzes an einen solchen früheren Eintritt knüpfen, hieß also eine vergangene individuelle Willenshandlung vollständig denaturieren und ihr einen Inhalt geben, den sie bei ihrer Vollbringung nicht gehabt hat, hieß somit: die bei den noch jetzt ins Kloster Eintretenden anerkannte Willensfreiheit verletzen oder eine Rückwirkung begehen. Justinian entscheidet also, daß die früher Eingetretenen, sowohl wenn Kinder da seien, als wenn nicht — denn des ersteren Falles wird nur mit einem „maxime" gedacht —, die Fähigkeit behalten sollten, in jeder beliebigen Weise über ihr Vermögen zu disponieren. Und sehr bemerkenswert

sind die Ausdrücke, deren er sich dabei bedient: „.. Eos enim“ — motiviert er diese Interpretation — „qui ante praedictam legem semel in monasteriis commorantur, nihil plane lex postea lata *contristabitur*[1]), aut quid eorum adimet, quorum licentiam iis antea dedimus; nec prior nostra lex ullo modo impedimento sit, quoniam *id non est ex iis quae fieri possunt, prius* enim disponere et sic monasterium ingredi oportuit. *Si vero quis* nulla ejusmodi lege lata monasterium *ingressus sit,* qui *fieri poterit,* ut ordo legis invertatur atque ab illis exigatur, qui antea monasterium ingressi sunt, ut illa faciant quae *prius ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt?“

Justinian erkennt hier, was gewiß selten genug bei ihm der Fall, in jenem id non est ex iis quae fieri possunt an, daß er das Gegenteil nicht einmal verordnen könne und seine Machtbefugnis hier ihre rechtliche Grenze habe.

Wir haben also hier ein Gesetz, welches die Rechtsfähigkeit eines Personenstandes bestimmt, und welches dennoch nicht zum Nachteil der diesem Stande bereits Angehörenden einwirken soll, weil es dieselben nur durch Vermittelung ihrer freien Willensaktionen und somit durch eine Entstellung derselben treffen würde.

Es wird von Interesse sein, bei diesem Gesetz einen Blick auf Savignys Theorie zu werfen und hierauf eine kurze Erörterung folgen zu lassen, um das soeben Gesagte gegen Mißverständnis zu schützen. Gehört diese Novelle 5, Kap. 5, wenn man sie in bezug auf die Savagnysche Einteilung betrachtet, zu den Gesetzen über den Erwerb (und Verlust) von Rechten, oder zu denen über das Dasein von Rechten? Gewiß, wenn man sich auf

---

[1]) Vgl. das „calumniare“ in der Verfügung des Anastas oben S. 59.

den Standpunkt der Eintretenden stellt, die durch diese Handlung ihr Vermögen und die Vermögensfähigkeit verlieren, gehören sie zu den Gesetzen über den Erwerb (Verlust) von Rechten. Aber wenn man sich auf den Standpunkt der Organisation des Mönchsstandes stellt, so kann man in diesem oder ähnlichen Gesetzen ebensowohl ein Gesetz über die Vermögensunfähigkeit von Mönchen, also ein Gesetz über das Dasein der Rechte finden (das daher nach Savigny zurückwirken müßte).

Diese Verstandesabstraktionen haben also nichts Festes gegeneinander und gehen ineinander über, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Standes selbst, oder der Individuen vor ihrem Eintritt in denselben stellt.

Berücksichtigt man, daß nach Savigny[1]) die aus sittlichen, religiösen und politischen Gründen erlassenen Gesetze wegen der außerhalb des reinen Rechtsgebietes liegenden zwingenden Natur dieser Gründe rückwirken sollen, so würde man um so mehr zu der Meinung neigen müssen, daß jene Novelle auch die schon in den Mönchsstand Getretenen sofort treffen müsse. Denn dieselbe ist durchaus ein Ausfluß sittlicher und religiöser Gründe. Allein nicht darauf, wie Savigny miteinander verwechselt[2]), ob ein Gesetz zwingende Motive hat, sondern darauf, ob es ein zwingendes Gesetz ist, d. h. ein *absolutes*, die Privatwillkür ausschließendes, kommt es an. Dies wird

---

[1]) Vgl. z. B. VIII, 517 u. 527 fg., wo nach der Weise, in welcher Savigny Gesetze, welche die Rechte unehelicher Kinder verringern oder aufheben, besonders den Art. 340 des Code civil auffaßt und rechtfertigt, ebenso gut auch die Novelle 5 hätte auf die damaligen Mönche sofort einwirken müssen.

[2]) Vgl. oben S. 420, Note 1.

gerade hier besonders klar werden. Wäre das Gesetz von der Anschauung ausgegangen, daß alle, die jetzt in den Mönchsstand eintreten, nicht nur von jetzt ab vermögensunfähig sein sollten, sondern auch ihr gesamtes Vermögen auf das Kloster übertragen müßten, so würde die Anwendung desselben auf alle schon vor demselben eingetretenen und noch in dem Besitz von Vermögen befindlichen Mönche keine Rückwirkung dargestellt haben. Bei einem das Dasein von bestehenden Rechten in der Weise aufhebenden Gesetze, daß es nach seinem Inhalt selbst jedes Abweichen der Willensfreiheit ausschließt und ausschließen will; bei einem Gesetz, welches überhaupt außerhalb der rechtlichen Sphäre der privaten Willensfreiheit liege, kann seine Anwendung auf die in diesem Zustand bereits befindlichen Individuen keine besondere Verletzung der Willensfreiheit, keine Verletzung der rechtlichen (d. i. anerkannten) Willensfreiheit und somit keine Rückwirkung darstellen!

Hier ist nicht mehr die individuelle Willensaktion — die Nichtdisposition über das Vermögen vor dem Eintritt ins Kloster —, die das Individuum mit der Wirkung des neuen Gesetzes zusammenschließende Handlung, sondern das Dasein dieses Personenstatutes, dessen gesetzliche Gestaltung Sache des Gesetzes, nicht des individuellen Willens ist, und dessen ihm durch eine Änderung des öffentlichen Bewußtseins in zwingender Weise gegebenen oder entzogenen Rechte daher von jetzt ab jedes Individuum treffen, das diesem Stande angehört. Die Mönche würden daher in dem Falle dieses Gesetzes von jetzt ab ihr Vermögen und ihre Vermögensfähigkeit ebenso verloren haben, als seien sie jetzt erst in den Mönchsstand eingetreten.

Zwar könnte man auch in diesem Falle auf die indivi-

duelle Willensaktion als die angebliche Ursache zurückgehen wollen, durch deren Vermittelung das Individuum von dem neuen Gesetze getroffen würde.

Man könnte zu sagen versuchen: da der Eintritt in diesen Stand, hier also in den Mönchsstand, doch nur eine freie Willenshandlung verletzt, wenn auch in bezug auf die schon früher eingetretenen Individuen der durch das neue zwingende Gesetz verhängte Verlust von Vermögen und Vermögensfähigkeit platzgreife; hätten die Individuen — ist also der Sinn dieser Einwendung — dies vorher gewußt, so würden sie vielleicht gar nicht in diesen Stand eingetreten sein.

Wie unrichtig und wie wenig unsere Theorie widerlegend dieser Einwurf sein würde, zeigt sich schon auf den ersten Blick daran, daß bei dieser Einwendung die Willensaktion gar nicht als die direkte, das Individuum mit dem neuen Gesetz zusammenschließende Ursache, daß sie nicht als causa, sondern als *causa remota* in Anspruch genommen wird.

Näher betrachtet, ergibt sich das Unrichtige und Unzutreffende dieses Einwandes durch die in §§ 7—10 gegebenen Entwickelungen über die Wirkung absoluter Gesetze, auf die wir hier zurückverweisen müssen.

Die augenblickliche Einwirkung eines prohibitiven oder zwingenden Gesetzes auf die bereits in einem Stande, z. B. dem Mönchsstande, Befindlichen würde wegen der ursprünglich durch freien Willen vermittelten Wahl dieses Standes ebensowenig eine Rückwirkung sein, als z. B. Gatten, die unter einem die Ehe für auflöslich erklärenden Gesetz geheiratet haben, es als einen rückwirkenden Verlust der individuellen Freiheit geltend machen können, wenn die durch ein neues Gesetz ausgesprochene Unauflöslichkeit der Ehe auf sie angewendet wird, obwohl es

allerdings faktisch möglich sein möchte, daß jemand nicht geheiratet haben würde, wenn die Ehe damals ein unauflösliches Band gewesen wäre oder auch umgekehrt[1]). Das Individuum erwirbt durch den freiwilligen Eintritt in jeden Stand des Personen- wie des Familienrechtes nur diese Qualität, Gatte, Mönch usw. zu sein. Und wie es sogar diese Qualität nur auf so lange erwirbt, als das Gesetz

---

1) Man wird hier geneigt sein einzuwerfen, daß aber anerkanntermaßen nur das eheliche Verhältnis der Gatten als solches durch einen Gesetzwechsel betroffen wird, während ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse schlechterdings nur durch den Ehekontrakt oder durch das als stillschweigender Kontrakt wirkende Gesetz zur Zeit der Eheschließung regiert bleiben. Dies ist auch ganz richtig, hat aber selbst seinen Grund wieder nur darin, daß nach unseren Gesetzgebungen die Verabredung über die vermögensrechtlichen Verhältnisse, die zwischen den Gatten stattfinden sollen, eine Sache der individuellen Willensfreiheit der Eheleute ist. Denkt man sich aber, daß ein Volk etwa von der Anschauung ausginge, das sittliche Wesen der Ehe erfordere für die durch sie hervorzubringende Identität mit zwingender Notwendigkeit auch eine Identität und Gemeinsamkeit des Vermögens, und daß dies Volk deshalb durch ein Gesetz bestimmte, es müsse absolute Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten stattfinden, so fühlt man sofort, wie dieses Gesetz der Rechtsidee zufolge auch auf alle bereits bestehenden Ehen platzgreifen und sie, ebenso wie es alle Kontraktsfreiheit für die Zukunft aufhebt, mit Abrogierung aller bestehenden Kontrakte von jetzt ab in Gütergemeinschaft versetzen müsse. — So erst ist das Beispiel dem oben unterstellten Falle wahrhaft analog; denn es hat dann durch dies zwingende Gesetz jeder Ehegatte jetzt sein bisheriges Vermögen ebenso an den anderen veräußert, wie bei dem supponierten zwingenden Mönchsgesetz diese Vermögensentäußerung an die Gemeinschaft des Klosters auch in bezug auf die schon in diesem Stande Befindlichen eintreten müßte.

sie überhaupt anerkennt, und sie sofort verliert, wenn durch ein prohibitives Gesetz dieser Qualität Mönch, Gatte usw., das rechtliche Dasein überhaupt entzogen wird, so besitzt es um so mehr auch alle die einzelnen, an diese Qualität vom Gesetz geknüpften oder mit ihm für vereinbar erklärten, noch so sehr erworbenen Rechte nur auf so lange, bis ein zwingendes Gesetz dieselben für extra patrimonium, außerhalb der Willensherrschaft der Individuen überhaupt oder der diesem Stande angehörigen Individuen erklärt. Und ebenso wie mit den Rechten wird das Individuum notwendig auch augenblicklich mit allen Pflichten befaßt, welche das Gesetz in zwingender Weise an eine solche Qualität, Mönch, Gatte usw., heftet. Also auch mit der Pflicht der jetzt vorzunehmenden Vermögensentäußerung an die Klostergemeinschaft. — Wir haben in den §§ 7, 9 und 10 gesehen, daß jeder Rechtsinhalt und jede bestimmte Art von Eigentum — und ebenso natürlich auch alles Eigentum überhaupt — trotz alles Erworbenseins nur auf so lange vom Individuum besessen werden kann, bis ein prohibitives Gesetz diesen Rechtsinhalt oder diese Art von Eigentum — also notwendig auch alles Eigentum überhaupt — außerhalb der Eigentumsfähigkeit der Individuen, oder — was hieraus von selbst folgt — außerhalb der Eigentumsfähigkeit der einem bestimmten Stande angehörigen Individuen erklärt. Durch den Eintritt in diesen Stand hat sich vermöge der in der Gemeinsamkeit mit dem Volksbewußtsein beruhenden Substanz alles Rechtes (vgl. oben S. 305 fg.) das Individuum allen durch die künftige Entwickelung dieses gemeinsamen Volksbewußtseins an diesem Stand zwingend hervorgebrachten Veränderungen in bezug auf alle seine Rechte (und Pflichten) ebenso frei, ja mit noch

größerer sinnlicher Evidenz von Freiheit, unterworfen, wie bei dem Erwerb aller Rechte überhaupt.

Um dieser begrifflichen Willensunterwerfung halber kann also der als causa remota wirkende individuelle Wille, in diesen Stand eingetreten zu sein, ebensowenig als Einwand geltend gemacht und als denaturiert behauptet werden, als z. B. ein in einem Staate naturalisierter Ausländer die Einrede erheben könnte, es dürfe dieses oder jenes zwingende Gesetz mindestens nicht mit Bezug auf ihn erlassen werden, weil er gar nicht in diesen Staat eingetreten sein würde, wenn er diesen Gesetzwechsel vorausgewußt hätte — was faktisch allerdings hin und wieder zutreffen können mag. Wie der Eintritt in den Staat dem Begriffe nach die freiwillige Unterwerfung unter dies gemeinsame Volksbewußtsein für alles in zwingender Weise aus ihm Fließende, so konstituiert der Eintritt in den Stand eine ebensolche Unterwerfung unter das aus diesem Volksbewußtsein für diesen bestimmten Stand zwingend Herfließende.

Allein die Novelle 5, Kap. 5, von der wir bei dieser Erörterung ausgingen, ist in der uns beschäftigenden Hinsicht, obwohl aus religiösen und sittlichen Motiven erlassen, dennoch kein zwingendes Gesetz. Sie ist dies nicht, weil sie, wie sehr sie auch den Anfall des Vermögens an das Kloster begünstigt, dennoch die Privatwillkür nicht bricht, sondern den Eintretenden freistellt, vor ihrem Eintritt ins Kloster in jeder beliebigen anderen Weise über ihr Vermögen zu verfügen. Und weil sie dies tut, weil also auch bei den von jetzt ab Eintretenden die Entäußerung des Vermögens an das Kloster nur vermittelt wird durch die freie Willensaktion der nicht vorhergehenden anderweitigen Ver-

fügung[1]), durfte sie nicht auf die früher Eingetretenen angewendet werden[2]).

Wie sehr der eben entwickelte Unterschied bei Justinian selbst zur Anerkennung kommt, zeigt sich sofort an der sehr verwandten L. 42 C. de episcopis etc. (1, 33). Justinian findet es daselbst erforderlich, daß die Bischöfe ein gottgeweihtes, das Geld verachtendes Leben führen, weshalb nunmehr auch nur solche zu Bischöfen gewählt werden sollen, die weder Kinder noch Nepoten haben. Aus diesen Gründen verordnet nun Justinian in § 2, daß die Bischöfe nicht mehr die Fähigkeit haben sollen, über das von ihnen nach dem Episkopatsantritt erworbene Vermögen zu testieren, oder es zu verschenken, oder es, in in welcher Weise es immer sei, zu veräußern. Sondern dasselbe solle zu der Episkopatskirche gehören und von ihr vindiziert werden. Ausgenommen hiervon wird nur das von den Bischöfen vor dem Amtsantritt besessene oder seit demselben von gewissen Verwandten geerbte Vermögen.

War nun dieses Gesetz, gleichfalls wie das vorige, nur auf solche zu erstrecken, die von jetzt ab Bischöfe werden, und respektive auf das Vermögen, das sie von jetzt ab erwerben würden? Oder war es im Gegensatz zu der Novelle 5, Kap. 5, auch auf solche auszudehnen, die schon vor dem Erlaß desselben Bischöfe geworden waren, und auch auf das Vermögen, das sie schon vor diesem Erlaß erworben hatten? Das Gesetz ist ein

---

[1]) Vgl. über Unterlassungen.

[2]) Wohl aber hätte Justinian nicht nötig gehabt, denselben die Vermögensfähigkeit fortdauernd zu lassen; er hätte ihnen also einen Zeitraum stellen können, innerhalb dessen sie gleich solchen, die jetzt erst eintreten wollen, über ihr bisheriges Vermögen verfügen konnten und nach Ablauf dessen ihnen Vermögen wie Vermögensfähigkeit entzogen sein sollte.

zwingendes, denn es läßt keinem Individuum die Freiheit mehr, nach dem Episkopatsantritt noch Vermögen für sich selbst zu erwerben[1]). Ebendeshalb mußten nach der entwickelten Theorie auch die schon vor dem Gesetz in das Episkopat Eingetretenen, und zwar auch in bezug auf das schon vor dem Gesetz seit ihrem Amtsantritt erworbene Vermögen augenblicklich von dem Gesetze betroffen werden.

Und genau so entscheidet Justinian selbst diese Frage in den Worten des § 2: „Qui vero episcopi vel *nunc sunt, vel futuri sunt,* eos sancimus nullo modo habere facultatem testandi vel donandi vel per aliam quamcunque machinationem alienandi quid de rebus suis postquam *facti sunt episcopi, obtinuerunt*[2]) vel ex testamentis etc. etc." Und ferner: „Quaecunque vero post ordinationem ex quacunque causa, sicut diximus, praeterquam ex praefatis personis, ad ipsos *pervenerunt*[3]), ea jubemus ad sanctissimam ecclesiam cujus episcopatum *tenebant* pertinere etc. etc."

Schließlich wollen wir endlich noch eines Justinianischen Gesetzes über die adscriptitii erwähnen, welches gerade wegen der dialektischen Natur der dabei in Betracht kommenden Verhältnisse und der dadurch in Justinian selbst hervorgerufenen Schwankungen deutlich zeigt, wie unleugbar der römische Gesetzgeber unter der instink-

---

[1]) Außer in dem ausgenommenen und von dem Gesetz daher überhaupt nicht betroffenen Falle der Erbschaft in den daselbst bestimmten Verwandtschaftsgraden.

[2]) Im griechischen Text: „. . . *περιουσίας, ἣν μετὰ τὸ γενέσθαι ἐπίσκοποι ἐκτήσαντο κ. τ. λ.*"

[3]) Im griechischen Text: „. . . *πάντα δὲ, ὅσα . . . εἰς αὐτοὺς περιῆλθη κ. τ. λ.*"

tiven Herrschaft des von uns entwickelten spekulativen Begriffes stand.

In bezug auf die Sklaven bestand seit je die Regel: Infans ventris statum sequitur, so daß also ein von einem Sklaven und einer Freien erzeugtes Kind dem Stande der Freien angehörte. Anders verhielt sich dies bei dem Kolonat. Hier sollte ein von einer freien und einer der adscriptitia conditio angehörigen Person erzeugtes Kind immer der adscriptitia fortuna folgen.

Dies will Justinian ändern und erläßt deshalb folgendes Gesetz [1]: „Si qui adscriptitiae conditionis constituti mulieres liberas quacunque mense aut quacunque machinatione, sive scientibus, sive ignorantibus dominis sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua libertate permanere tam eas *quam prolem quae ex his cognoscitur procreata,* sancimus; illo procul dubio observando, ut, si ex libero marito et adscriptitia uxore partus fuerit editus, is maternae conditionis maculam et non paternam sequatur libertatem."

Es sollen also jetzt die von einem solchen Manne und einer freien Frau erzeugten Kinder von der adscriptitia conditio frei sein.

War nun dies Gesetz der Rechtsidee zufolge auch schon auf die geborenen Kinder dieser Kategorie, oder erst auf die zukünftig erzeugten anzuwenden? Zunächst scheint es die Berechtigten nicht durch eine Vermittelung ihrer individuellen Willensaktion zu treffen und deshalb auch auf alle schon existierenden Kinder anwendbar zu sein. Denn das Gesetz macht nicht einmal einen Unterschied, ob die Ehe dominis scientibus oder ignorantibus geschlossen sei. Es betrachtet somit die Befreiung von

---

[1]) L. ult. C. de agricol. etc. (11, 47).

der adscriptitia conditio lediglich als einen Ausfluß der Tatsache, von einer unabhängigen Mutter geboren zu sein. Da sich das Faktum dieser Abstammung zunächst als eine von der Willenshandlung der Herren unabhängige natürliche Qualität des Kindes darstellt, so scheint das Gesetz, da es bei seiner sofortigen Anwendung keine Willenshandlung denaturiert, augenblicklich auf alle solche Kinder wirken zu müssen, zumal da es sich auch offenbar in ein Prohibitivgesetz aufzulösen scheint, des Inhaltes: Kinder dieser Abstammung können nicht hörig sein.

Und dies ist auch die erste Ansicht Justinians. Die Worte: „Si qui... sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua libertate permanere tam eas quam prolem quae his *cognoscitur procreata*", können nach ihrer grammatikalischen Bestimmtheit auch nicht den geringsten Zweifel darüber lassen, daß das Gesetz auch die schon aus den bestehenden Ehen dieser Art bereits geborenen Kinder treffen sollte.

Aber es trat bei diesem Gesetz ein eigentümlicher Umstand hervor, der nochmals auf dasselbe zurückzukommen nötigte.

Durch die natürliche Dialektik des Lebensalters werden aus Kindern Jünglinge, Männer, Greise; und dennoch bleiben sie immer die Kinder ihrer Eltern. War dies Gesetz also auch auf die gegenwärtigen Männer und Greise anzuwenden, die einen hörigen Vater und eine nichthörige Mutter gehabt hatten? Diese Frage war es, welche Justinian zwang, nochmals in der Novelle 54 auf dies Gesetz zurückzukommen. Er berichtet uns darin im Eingang: In eine seiner Konstitutionen, die doch gar nichts Dunkles habe, hätten einige absichtlich eine Dunkelheit hineingebracht, denn: „Quidam autem adeo stulte vel dolose legem interpretari ausi sunt, ut, etsi quidam ante

constitutionem *nati* fuerint, *et licet admodum senes sint,* eos liberari putent *tanquam modo natos et qui non longe legem praecesserint* etc.", worauf er denn erklärt, es sei sein Wille gewesen, es sollen die Kinder befreit sein, wenn zwar auch die Ehen, denen sie entstammen, schon vor dem Gesetz geschlossen worden, aber immer nur dann, wenn die Geburt der Kinder nach demselben erfolgt sei.

Das Interessanteste, das wir aus diesem Bericht erfahren, ist erstens, daß es damals wirklich römische Juristen gab, welche glaubten, es müsse jene durchgreifende Anwendung von dem Gesetz gemacht und selbst Männer oder Greise dieser Abstammung als durch dasselbe aus dem Kolonatsverhältnis befreit angesehen werden. Ferner ersehen wir daraus nicht undeutlich, daß Justinian selbst gegen die Anwendung des Gesetzes auf erst kurz vor demselben geborene Kinder (die modo nati) kaum viel einzuwenden gehabt haben würde. Nur die Anwendung des Gesetzes auf schon Erwachsene — licet admodum senes sint — widerstrebte ihm besonders. Die Schwierigkeit der Abgrenzung trieb aber von selbst zu einer prinzipiellen Lösung. Und diese gibt Justinian jetzt dahin, daß nur die Ehe, nicht auch schon die Geburt der Kinder, vor dem Gesetz erfolgt sein dürfe.

Ist diese Entscheidung eine richtige? Sie ist es, wie in dem folgenden nachgewiesen werden wird. Dabei fällt es uns natürlich keineswegs ein, zu behaupten, daß die komplizierten Gründe dieser verwickelten Frage dem Bewußtsein Justinians in der von uns aufzuzeigenden Gestalt gegenwärtig gewesen wären. Ihn bestimmte wahrscheinlich besonders der durch jene andere Auslegung den Berechtigten entstehende, nicht wohl übersehbare Vermögensschaden, und in dieser Rücksicht selbst waren eben instinktiv die Momente tätig, deren für das Rechtsgefühl

vorhandene Unmittelbarkeit die begriffliche Betrachtung nur in wahre Sichselbstdurchsichtigkeit erhebt.

Das Kolonat gehört zu den Verhältnissen des Familienrechtes, von denen es eine künstliche Erweiterung bildet[1]).

Es trifft somit zu, daß die Qualität der Hörigkeit jener Kinder in bezug auf die domini, weil durch das Familienrecht vermittelt (s. oben § 2, A.), ein erworbenes, nicht lege sola verliehenes Recht derselben bildet. Das Verhältnis zwischen den durch Geburt entstandenen Kindern und den domini ist also nach beiden Seiten hin so anzusehen, als wenn es zwischen ihnen durch individuelle Willensaktion entstanden wäre.

Allein dies würde zur Rechtfertigung der Entscheidung Justinians nur dann hinreichen, wenn das fragliche Gesetz nicht ein prohibitives wäre, wie wir in § 7 und soeben noch an den Gesetzen gesehen haben, welche verfügten, daß väterliche Gewalt an Söhnen von bestimmter Beschaffenheit (Konsuln usw.) nicht mehr solle sein können.

Nun ist das Gesetz freilich kein prohibitives in jener weitesten Ausdehnung, daß es Recht auf Hörigkeit von Menschen überhaupt aufhebt und aus der individuellen Eigentumssphäre hinauswirft.

Vielmehr kann adscriptitia conditio nach wie vor bestehen und von den dominis an den Kindern der Hörigen erworben werden.

Allein, kann man sagen, wenn das Gesetz auch nicht aufhebt, daß das Recht auf Hörigkeit überhaupt noch erworben werden kann, so hebt es doch auf, daß es an

---

[1]) Savigny, System, I, 360 fg.; Böcking, Einleitung in die Pandekten usw., I, 222.

so und so qualifizierten Kindern erworben werden kann, an Kindern, die von einer freien Mutter abstammen. In Hinsicht auf Kinder dieser Abstammung ist also Prohibition da, und zwar ein Prohibitivgesetz erster Klasse (s. S. 381 fg.), da es erklärt, daß Hörigkeit an solchen Kindern überhaupt nicht mehr solle erworben werden können. Und folglich hätte das Gesetz auch auf alle schon entstandenen Hörigkeitsverhältnisse solcher Kinder angewendet werden müssen.

Sicherlich, wer das in Rede stehende Gesetz allein betrachtet, wird dieser Ansicht sein müssen. Allein sie beseitigt sich von selbst, wenn man die Rechtsverhältnisse des Kolonates ins Auge faßt.

Diese Kritik wäre dann ganz zutreffend, wenn das Kolonatsverhältnis nur durch Geburt (originarii) hätte entstehen können. Dann konnte von nun ab Hörigkeit von Geborenen dieser bestimmten Art gar nicht mehr erworben werden, war somit aus der individuellen Willensherrschaft oder der Eigentumssphäre herausgefallen, und mußte ebendeshalb, wie in § 7 gezeigt ist, auf die schon geborenen Kinder dieser Art einwirken.

Allein das Kolonatsverhältnis konnte nicht bloß durch Geburt, es konnte auch durch Verjährung und infolge eines Gesetzes Valentinians III. auch durch Vertrag mit ganz Freien entstehen[1]).

Hieran ward nichts geändert. Es war also auch fernerhin durchaus nicht prohibiert, daß ein von einer freien Mutter, ja nach beiden Seiten von freien Eltern Abstammender in Hörigkeit treten können solle. Dies konnte durch individuelle Willenshandlung noch immer

---

[1]) Siehe in den Abhandlungen der historisch-philologischen Klasse der Akademie der Wissenschaften zu Berlin pro 1822/23 die Abhandlung Savignys über den römischen Kolonat, S. 5 fg.

gültig erworben werden. Indem aber um der Natur des Familienrechtes willen die schon durch Geburt entstandenen Verhältnisse dieser Art gleichfalls als durch individuelle Willenshandlung begründet angesehen werden mußten, konnte also auf sie nicht eingewirkt werden. — Oder mit anderen Worten: das Gesetz verhielt sich nur prohibitiv zu einer bestimmten Bedingung, unter welcher Recht auf Hörigkeit erworben werden konnte, nämlich zu der Bedingung jener repräsentativen Willenshandlung, welche für das Kind in dem Faktum seiner Erzeugung liegt; es verhielt sich aber nicht prohibitiv zu den anderen Bedingungen, dies Recht an Menschen derselben Abstammung zu erwerben: Verjährung, Vertrag. Es war somit nur ein Prohibitivgesetz von der zweiten der auf S. 381 fg. unterschiedenen Klassen, und konnte somit auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse nicht einwirken.

B.

Wir haben oben S. 143 fg. gegen Savigny gezeigt, daß die durch das natürliche Alter der Großjährigkeit erlangte Handlungsfähigkeit kein erworbenes Recht bildet, und daß daher ein neues Gesetz, welches ein höheres Alter zur Majorennität fordert, die nach dem bisherigen Gesetze bereits durch ihr Alter Großjährigen wieder in Minorität versetzt.

Hier wollen wir nur noch hinzufügen, wie die von Savigny adoptierte Meinung, daß die einmal eingetretene Majorennität durch ein neues Gesetz nicht wieder entzogen werden könne, so sehr in Widerspruch mit seiner eigenen Theorie über den Zustand der Person an sich steht, daß sie deswegen schon von bedeutenden Juristen

aufgegeben worden ist. So von Daniels (Lehrbuch, I, 156) und Hiersemenzel, Ergänzungen zum Allgemeinen Landrecht, I, 47.

Ferner mag darauf aufmerksam gemacht werden, daß unsere Entscheidung dieser Frage in völliger Übereinstimmung mit der Entscheidung der alten Jurisprudenz steht, daß bei einer örtlichen Kollision der Statuten immer nur die Gesetze des gegenwärtigen, nicht des früheren Domizils über die Großjährigkeit entscheiden[1]). So Voët (Comm. in Pandect. tit. de minoribus, No. 10; vgl. das. tit. de judiciis, No. 101), Rodenburg (de jure quod oritur ex statutorum diversitate, pars II, tit. II), Burgundus (Professor der Rechte zu Ingolstadt, in seinen Tractatus ad consuetudines Flandriae, tract. II, No. 7 etc.), Lauterbach (in seiner Dissertation de domicilio, disp. 70, No. 69)[2]) usw.

Endlich steht damit die konstante Jurisprudenz des französischen Kassationshofes in Einklang.

---

[1]) Vgl. oben § 13.

[2]) . . . Si quis 21 annis major ex foro Saxonico transtulisset domicilium in forum Würtembergicum (wo man nämlich erst mit 25 Jahren großjährig wurde), quamvis ibi major fuerit (in foro enim Saxonico majores dicuntur qui vigesimum primum aetatis annum impleverunt) et omnium majorum jura habuerit, hic tamen esset minor, et juribus minorum uti teneretur, ita ut sine curatoris consensu sese contrahendo obligare non posset.

II. Jura in re.

A. Pachtrecht.

Eine das Miet- und Pachtrecht betreffende Frage hat zu einer sehr lebhaften Kontroverse Veranlassung gegeben.

Unter dem römischen Recht, welches außer dem Eigentum nur eine sehr kleine Zahl dinglicher Rechte kennt, stellt das Miet- und Pachtrecht bekanntlich ein bloß persönliches Recht des Mieters dar. — Umgekehrt geht unter dem allgemeinen Landrecht jedes an sich selbst bloß persönliche Recht des Gebrauches in ein dingliches über, wenn dem Nutzungsberechtigten der Besitz der Sache eingeräumt ist. Es ist also hier das Recht der in Besitz getretenen Pächter und Mieter ein dingliches Recht.

Dies gab zu der Frage Veranlassung, ob, wenn während eines unter römischem Recht eingetretenen Pachtverhältnisses das Landrecht eingeführt wird, hierdurch das Recht der in Besitz befindlichen Pächter zu einem dinglichen wird. Mit anderen Worten: ob die L. 9 C. de locat. et cond. (4, 65), oder die Regel: Kauf bricht Miete, fortfährt, die bereits bestehenden Pachtverhältnisse zu regieren.

Savigny (VIII, 424 fg. und 441 fg.) entscheidet diese Frage bejahend, und zwar aus dem Grunde, weil „die Frage wegen des dinglichen Rechtes der Mieter lediglich zu der Gattung von Rechtsregeln gehört, welche sich auf den Erwerb der Rechte beziehen, also in dasjenige

Gebiet, worin der die rückwirkende Kraft der Gesetze ausschließende Grundsatz anwendbar ist". Allein die Unhaltbarkeit dieses Grundes ist einleuchtend. Sehr richtig wendet bereits Bornemann (a. a. O., S. 34) ein, daß nach Savignys eigener Theorie die Frage, ob das Mietsverhältnis ein persönliches oder ein dingliches Recht sein solle, und folgeweise, ob die Regel: Kauf bricht Miete, gelten solle oder nicht, zu den Gesetzen gehöre, welche sich nicht auf den Erwerb der Rechte, sondern auf die Beschaffenheit des erworbenen Rechtes beziehen, somit zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte, die gerade nach Savignys Theorie rückwirken müssen.

Es tritt hier nur von neuem die schwankende und ineinander übergehende Natur dieser Verstandesabstraktionen zutage, die wir bereits früher (vgl. oben S. 549 fg.) aufgezeigt haben. Stellt man sich auf den Standpunkt des Pachters bei Abschließung des Pachtkontraktes, so gehört für ihn die Frage, ob er ein persönliches oder dingliches Recht, ein im gewissen Falle widerrufliches oder ein für die Kontraktsdauer unwiderrufliches Benutzungsrecht der Sache erwerben wird, ganz unbedingt zu dem Erwerb der Rechte, die er durch den Pachtvertrag erlangt.

Stellt man sich umgekehrt auf den Standpunkt des Gesetzgebungssystems, so ist es ebenso unbedingt richtig, daß die Einteilung der Rechte in persönliche und dingliche und die organisatorische Bestimmung, welche Rechte die Natur der persönlichen und welche diejenige der dinglichen Rechte haben sollen, durchaus zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte gehört.

Man sieht also, wie diese, weil sie den Begriff nicht in sich enthalten, nur scheinbaren und den Verstand, der sie seiner Natur nach nicht bemeistern kann, sich ein-

ander wie einen Ball in die Arme werfenden Kategorien unfähig sind, das Prinzip der Entscheidung zu enthalten, und wie im vorliegenden Fall die Frage gerade nach Savignys eigener Theorie weit mehr dahin entschieden werden müßte, daß infolge des Gesetzwechsels die Dinglichkeit des Pachtrechtes eintritt und folgeweise die Regel: Kauf bricht Miete, ihre Geltung für die bestehenden Pachtverhältnisse verliert.

In der Tat ist Bornemann dieser Ansicht. Weil er aber, da er Savignys Theorie im allgemeinen verwirft, diese Ansicht nicht dadurch für gerechtfertigt halten kann, daß das Gesetz ein über das Dasein der Rechte handelndes ist, begründet er sie (a. a. O., S. 32—35), übereinstimmend mit Göschel[1]), folgendermaßen: Der Grundsatz, Kauf bricht Miete, gebe nicht dem Vermieter, sondern nur dem Käufer das Recht, den Mieter aus dem Besitze zu setzen; und zwar nicht auf Grund des Mietvertrages, der bei dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung vielmehr dem Mieter zur Seite stehe, sondern weil der Mieter nach dem bestehenden Gesetze ein bloß persönliches, den Käufer nicht bindendes Recht habe. Die gegenseitigen vertragsmäßigen Rechte von Mieter und Vermieter würden daher durch diesen Grundsatz gar nicht berührt, sondern lediglich das Verhältnis des Mieters zu dritten Personen würde geändert. Die dritten Personen — die Käufer — fänden also, wenn der Kauf erst nach dem Gesetzwechsel eintritt, gar kein Recht vor, das sie erwerben könnten. Und wenn selbst der Kauf vor dem Gesetzwechsel eingetreten, so hätten sie, falls sie nicht auch vor demselben schon ihre Ansprüche auf Räumung

---

[1]) In Simon und Strampffs Zeitschrift, II, 25. — Mit Savigny stimmt überein: Holzschuher, Theorie, I, 37.

gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemach hätten durch den Gesetzwechsel nur eine abstrakte gesetzliche Befugnis [1]), nicht ein erworbenes Recht verloren.

Auf diese Argumentation ist zunächst zu bemerken, daß sie die eigentlich hier obwaltende Frage zu umgehen sucht. Denn läßt man selbst die Richtigkeit dieser Begründung einen Augenblick dahingestellt, so paßt dieselbe doch schon gar nicht mehr auf den umgekehrten Fall, wenn nämlich auf das Landrecht das römische Recht, also auf die Dinglichkeit des Pachtrechtes die Persönlichkeit desselben folgt. Wird hier Bornemann leugnen wollen, daß die Dinglichkeit des Rechtes, also die Regel: Kauf solle Miete nicht brechen, wenn auch der Pachtkontrakt sie nicht ausdrücklich enthält, das erworbene, ergriffene Recht des Pachters bildet?

Unmöglich wird man bestreiten können, daß hier die Dinglichkeit des eingeräumten Rechtes ein „zwischen dem Vermieter und Mieter begründetes Rechtsverhältnis" ist, daß hier die Unmöglichkeit, einem Käufer das Recht zu übertragen, den Mieter außer Besitz zu setzen, zu dem vom Vermieter dem Mieter gegenüber eingegangenen Rechtsverhältnis gehört. Folglich würde wohl auch Borne-

[1]) Letzteres ist — abgesehen noch von der nachfolgenden Widerlegung der gesamten Argumentation — eine ganz besonders merkwürdige Meinung. Man sollte doch glauben, daß durch einen Kaufkontrakt die Rechte, welche Kontrakt oder bestehendes Gesetz an diese Handlung des Kaufens knüpft, erworben und also zu erworbenen Rechten werden! Ist dies unleugbar, so zeigt sich schon dadurch hinreichend die Unrichtigkeit von B.s Ansicht; denn sie könnte dann nur gelten, wenn auch schon der Kauf nach, nicht vor dem Gesetzwechsel erfolgt wäre. Genau diese letztere Ansicht wurde übrigens aufgestellt von dem A. H. von Dijon durch Urteil vom 29. Prairial XIII.

mann in diesem Falle, den er sich zu setzen vermeidet, dahin entscheiden müssen, daß dem Mieter die Dinglichkeit seines Rechtes und also der Schutz der Regel: Kauf bricht Miete nicht, für die Kontraktsdauer verbleibt. Dann aber würde es bei der inneren begrifflichen Identität jener beiden Fälle schon in hohem Grade auffällig und unbegreiflich sein, warum bei dem in der einen Richtung hin stattfindenden Gesetzwechsel das persönliche Recht des Pachters zu einem dinglichen werden und bei dem in entgegengesetzter Richtung stattfindenden Gesetzwechsel das dingliche Recht des Pachters nicht zu einem persönlichen werden soll.

Es ist inzwischen die Unrichtigkeit von Bornemanns und Göschels Begründung auch leicht nachzuweisen.

Es ist richtig, daß der Grundsatz: Kauf bricht Miete, nicht dem Vermieter, sondern nur dem Käufer das Recht gibt, den Pachter aus dem Besitz zu setzen. Aber es ist sehr falsch, hieraus zu folgern, daß es dem Vermieter deshalb gar kein Recht gibt. Er gibt ihm nämlich gerade das Recht, den Käufer mit diesem Rechte auszurüsten. Er reserviert ihm das Recht, dem Käufer unmittelbar das direkte Nutzungsrecht mit dem Eigentum zugleich einzuräumen, wenn er auch für sich selbst der direkten Form dieses Nutzungsrechtes für bestimmte Zeit entsagt hat. Dies bestimmte vom Vermieter sich vorbehaltene Recht ist durchaus ein ihn selbst berührendes Recht, wie es auch realiter beim Verkauf einen großen Einfluß auf den Kaufpreis auszuüben vermag, ob der Verkäufer imstande ist, den Käufer in den sofortigen Besitz der Sache zu setzen, und andererseits ebenso bedeutend bei der Bestimmung des Pachtpreises einwirkt, ob die Pacht zu jeder Zeit durch ein zufälliges Ereignis gebrochen werden kann oder nicht.

Es trifft sich hier, wie immer, daß das theoretisch Falsche auch den praktischen Hergang des gemeinen Lebens verfehlt.

Steht aber einmal fest, daß dies Recht ein zwischen dem Vermieter und Mieter bestehendes Rechtsverhältnis ist, so fallen alle Folgerungen Bornemanns von selbst fort. Die dritte Person, der Käufer, wird dann mit dieser Befugnis nicht bloß vom Gesetze befaßt, sondern erwirbt sie vom Verkäufer als dessen beim Pachtkontrakt vorbehaltenes Recht, erwirbt sie somit ebensosehr nach wie vor dem Fortfalle des dem Käufer diese Befugnis zusprechenden Gesetzes. Ob der Vermieter dies Recht sich ausdrücklich oder stillschweigend im Kontrakt vorbehielt, ist ganz von derselben Wirkung nach der feststehenden Rechtstheorie, daß bei Verträgen die zur Zeit des Kontraktes bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die keiner ausdrücklichen Festsetzung unterworfenen Punkte als die Willensverabredungen der Parteien gelten, und nach der von jeder Gesetzgebung anerkannten römischen Regel: Eadem vis inest tacitis et expressis. Im vorliegenden Falle dieselbe etwa leugnen zu wollen, wäre ganz besonders unglücklich. Denn unmöglich wird man annehmen können, daß bei einer Verpachtung Eigentümer und Pachter über die vorliegende Frage gar keinen Willen gehabt hätten. Überdies ist dies Recht dem Vermieter schon dadurch allein vorbehalten, das es nicht abgetreten ist.

Der Pachter kann doch keine anderen Rechte auf die Sache haben, als diejenigen, welche er von dem Eigentümer entweder ausdrücklich oder stillschweigend erworben hat. Nun hat sich bei dem Schweigen des Vertrages und der gesetzlichen Regel, daß Kauf Miete breche, der Vermieter jenes Rechtes weder ausdrücklich

noch stillschweigend begeben: es ist also dies Recht hierdurch allein ein von ihm vorbehaltener Ausfluß seines Eigentumsrechtes.

Die Bornemannsche Beweisführung trifft also ebensowenig zu, wie die Savignys.

Zu demselben Resultat, wie Bornemann, gelangt Weber[1]) aus seinem ganz unhaltbaren und bereits lange verworfenen allgemeinen Grunde, daß der Mietvertrag nicht an sich ungültig sei, sondern nur durch die Klage des Käufers entkräftet werde.

Fragt man nun nach dem wirklichen Sachverhalt, so ist derselbe ein überaus einfacher und leichter, zu dessen Nachweis weniger Atem erforderlich ist, als zur Widerlegung der kritisierten schiefen Gründe.

Ein Gesetz, welches die Regel aufhebt: Kauf bricht Miete (oder umgekehrt sie einführt), würde durch seine Anwendung auf die bestehenden Pachtverhältnisse die Berechtigten durch Vermittelung einer individuellen Willenshandlung derselben — den Pachtvertrag — treffen. Es würde also allerdings, und zwar in beiden Fällen, dort beim Vermieter, hier beim Mieter eine individuelle Willenshandlung denaturieren und somit erworbene Rechte kränken. Erworbene Rechte weichen nur prohibitiven Gesetzen (§ 7). Die ganze Frage reduziert sich also auf die andere Frage: Ist die Regel: Kauf bricht Miete (oder: bricht nicht Miete), ein prohibitives Gesetz, d. h. würde sie, auch wo sie Ausfluß der Persönlichkeit oder Dinglichkeit des Pachtrechtes ist, die Parteien hindern, in dem Pachtkontrakt die ausdrückliche Stipulation zu treffen, es solle der Mieter durch Veräußerung nicht in die Lage versetzt werden können (oder umgekehrt),

---

[1]) A. a. O., S. 117—121.

räumen zu müssen? Offenbar würden aber die Parteien an einer solchen ausdrücklichen Stipulation auch unter dem neuen Gesetze durchaus nicht gehindert sein. Sie wäre auch da nicht gültig, wo die Regel: Kauf bricht Miete, nicht eine vereinzelte Bestimmung, sondern Ausfluß der Persönlichkeit des Rechtes, und die Befugnis zur Exmission des Pachters daher peremtorische Folge des Eigentumsrechtes ist. Denn niemals ist es prohibiert gewesen, Eigentum und Nutzungsrecht in der Weise auf bestimmte Zeit zu trennen, daß mit dem einen nicht auch das andere erlangt wird. Zum Beweise, wie die in Rede stehende Regel nur eine vermittelnde, das Abweichen der Privatwillkür freigebende ist, kann der Art. 1743 des Code Nap. dienen: „Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur *ne peut* expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit *réservé ce droit par le contrat de bail.*"

Hier wird also die Regel, daß Kauf Miete nicht breche, als die gesetzliche aufgestellt, zugleich aber ausdrücklich die Befugnis des Privatwillens zu entgegengesetzter Stipulation anerkannt.

Auch kann man diese Bestimmung nicht etwa auf die bekannte Zweifelhaftigkeit der unter den französischen Autoren so streitigen Frage, ob das Pachtrecht nach dem Code civil ein persönliches oder dingliches Recht sei, gründen wollen. Denn den besten Beweis des nicht prohibitiven Charakters der Regel, daß Kauf Miete bricht, gibt die römische Lex emtori selbst[1]): „Emtori quidem fundi necesse non est, stare colonam cui prior dominus locavit, *nisi ea lege emit.*"

---

[1]) L. 9 C de locat. et cond. (4, 65).

Da also diese (und respektive die umgekehrte) Regel auch nach ihrer gesetzlichen Aufhebung immer noch durch ausdrückliche Stipulation der Parteien verabredet werden könnte, so wirkt sie in bezug auf die bereits bestehenden unter ihrer gesetzlichen Geltung eingegangenen Pachtverhältnisse als die stillschweigende Willensverabredung der Parteien fort.

B. Familienfideikommisse des deutschen Rechtes.

Wir haben im theoretischen Teil (S. 334 fg., 337 fg., 511 fg.) bereits hin und wieder die Frage beleuchtet, was bei der Aufhebung der Fideikommisse in bezug auf die bestehenden fideikommissarischen Güter der Rechtsidee zufolge eintreten müsse. Wir haben die Gesetze des französischen Konventes hierüber betrachtet, und was wir bisher darüber gesagt, konnte den Anschein erregen, als wenn wir mit der Entscheidung desselben einverstanden seien, daß die Fideikommisse bei ihrer Aufhebung *freies Eigentum in der Hand ihrer zeitigen Besitzer* werden müßten.

Weiter ließ sich daselbst, ohne die Entwickelung der Theorie durch das Eingehen auf Spezialinstitute zu verwirren, die Untersuchung nicht führen.

Allein was wir dort gesagt haben, hatte nur die Bedeutung eines *Negativen*, hatte nur die Bedeutung aufzuzeigen, daß *keinesfalls* die bereits lebenden Anwärter auch nur des nächsten Grades den *Fortbestand der fideikommissarischen Substitution* fordern und ihre Abolition als eine Kränkung erworbener Rechte ausgeben könnten.

Die wahrhafte, jetzt erst zu erörternde Frage aber ist

die: Müssen und respektive können die Fideikommisse freies Eigentum in der Hand ihrer gegenwärtigen Besitzer werden? Oder müssen sie nicht vielmehr, wie ein jetzt erst zur Vererbung gelangendes Eigentum, zwischen dem gegenwärtigen Besitzer und den nach Maßgabe des gemeinen Erbrechtes des Landes in gleichem Grade erbberechtigten Familiengliedern des Fideikommißstifters aus derselben Linie[1]) zur Teilung kommen?

Das bloße Auswerfen dieser zweiten Frage kann bereits, weil allen hergebrachten Überlieferungen widersprechend, in hohem Grade paradox erscheinen! Und doch wird sich zeigen, daß bei sorgfältigerer Untersuchung die unbedingteste Bejahung derselben keinem Zweifel unterliegen kann!

Zunächst wird so viel zu absoluter Gewißheit gebracht werden können, daß die Entscheidung dieser Frage ganz und gar von der Beantwortung der anderen Frage abhängt: Ist der Fideikommißbesitzer als ein wahrer, wenn auch beschwerter Eigentümer des Fideikommisses, oder ist er als bloßer Nutzungseigentümer desselben und das Eigentum an der Substanz als bei der gesamten Familiendeszendenz des Fideikommißstifters ruhend zu denken?

Ist der Fideikommißbesitzer beschwerter Eigentümer, so ist nichts klarer, als daß die französischen Gesetze über die Aufhebung der Fideikommisse vollständig rechtmäßig und in der Ordnung sind.

Der Fideikommißbesitzer war dann schon vor dem Gesetz beschränkter Eigentümer der Substanz und wird nun, indem diese Beschränkungen durch ein prohibitives

---

[1]) Über diese Einschränkung „aus derselben Linie" siehe am Ende dieser Ausführung über die heredes regredientes.

Gesetz untergehen, notwendig und von selbst unbeschränkter Eigentümer. Nichts kann einfacher und weniger zu beanstanden sein.

Nichts kann aber auch klarer sein, als daß derselbe praktische Hergang dann unmöglich ist, wenn das bisherige Subjekt und der wahre Eigentümer der Fideikommißsubstanz vielmehr die gesamte Familiendeszendenz des Stifters war, deren deshalb nicht auf den letzten Besitzer, sondern stets auf den ursprünglichen Stifter zurückgehendes Sukzessionsrecht nur lebendig werden und ausgeübt werden sollte in der vom Stifter vorgeschriebenen Sukzessionsordnung, und eben wegen dieses der gesamten Familiendeszendenz in perpetuum übertragenen Eigentumes jeder an der Reihe befindliche zeitige Ausüber desselben nur mit dem Eigentum an den Nutzungen befaßt sein sollte.

Denn dann würde vielmehr, und zwar gerade nach demselben den französischen Gesetzen innerlich zugrunde liegenden Prinzip, daß das fideikommissarische Eigentum durch Aufhebung der fideikommissarischen Einschränkung freies Eigentum in der Hand seines gegenwärtigen Eigentümers werde, durchaus erforderlich sein, daß dasselbe jetzt zum freien Eigentum der Familie — als des wahren und durch die fideikommissarische Sukzessionsordnung gebundenen Eigentümers — werde. Oder auch — und dies ist nur eine verschiedene, den Rechtsgrund schärfer betonende Ausdrucksweise —: zum freien Eigentum der perpetuellen Familie, der schon ursprünglich vom Stifter das Eigentum an der Substanz übertragen worden ist, vertreten durch alle gegenwärtigen Rechtssubjekte dieses perpetuierlichen Familienbegriffes, die sich in gleicher erbrechtlicher Nähe, wie der Besitzer, zum Stifter befinden. —

Durch die Aufhebung von Fideikommissen geht gerade eben dies zugrunde, daß der perpetuellen Familiendeszendenz auch in ihren zukünftigen Generationen Eigentum übertragen werden kann. Indem die Prohibition nicht weiter geführt werden darf, als der Inhalt des prohibitiven Rechtsbewußtseins reicht (§ 7), sinkt das Eigentum der perpetuellen Familie, die überhaupt, als noch nicht geboren, auch kein Recht erworben haben kann, zum Eigentum der aktuellen Familie zusammen. Jede andere Anordnung der Sache heißt, wie wir bald sehen werden, wahrhaft rückwirken, um scheinbare Rückwirkung zu vermeiden! Mit dem Sukzessionsrecht der perpetuellen künftigen Familie fällt dann die vom Stifter nur zu der Erhaltung dieses Rechtes vorgeschriebene Sukzessionsordnung von selbst fort, ja sie hat als bloße Vorschrift über das Einrücken in den Besitz des unveräußerlichen Familieneigentumes, also in die Nutzung desselben, mit dem Eigentum der Substanz überhaupt nichts zu tun. Es ist eine Nutzungsordnung an dem der Familie übertragenen Eigentum, welche Ordnung durch die Aufhebung des Eigentumsrechtes der künftigen Deszendenten, die zugleich von selbst auch die Aufhebung der Trennung von Nutzung und Eigentum (und zwar ja auch nach dem französischen Gesetz) notwendig in sich schließt, von selbst verschwindet. Oder das Fideikommiß, bis dahin Eigentum des Familienbegriffes, wird jetzt Eigentum der lebendigen und darum rechts- und eigentumfähigen Realität desselben in den gegenwärtigen Rechtssubjekten.

Mit anderen Worten, und um den durchgreifenden Einklang der mit der in § 7 gegebenen prinzipiellen Auflösung der bei prohibitiven Gesetzen entstehenden Schwie-

rigkeiten aufzuzeigen: Jedes Fideikommißinstrument löst sich in einen Akt auf (s. S. 353 fg.), welcher besagt, daß das Erbrecht und also das Eigentum an der Substanz (unter Beachtung der zu diesem Zwecke vorgeschriebenen Erbordnung) der perpetuellen Familie und, sobald Übertragung auf die ungeborenen Generationen durch ein prohibitives Gesetz, das solche Verfügung nicht mehr als eine im Eigentumsrecht des Stifters liegende Befugnis (s. S. 389 und 390, Note 1) anschaut, unwirksam werden sollte, der derzeitigen aktuellen Familie angehören solle.

Nie aber hat ein Fideikommißstifter an einen einzelnen Nachfolger in der Reihe gedacht und denken können, nie ihm auch nur eventuell das freie Eigentum zuwenden wollen, wie schon das anerkannte unterscheidende Merkmal dieser Stiftungen, als solcher, welche „die Erhaltung der Familie“[1]), oder „des Glanzes der Familie“ oder „des Stammes und Namens“ zum Zweck haben, hinreichend zeigt. Nie also und durch keine Kunst der faktischen oder rechtlichen Interpretation würde man dies als den faktischen oder rechtlich-notwendigen eventuellen Willen des Stifters herausinterpretieren können, und schon darum stellt die Verwandlung der Fideikommisse in freies Eigentum in der Hand des Besitzers — eine vollkommene Denaturierung

---

[1]) Siehe z. B. das maßgebende Werk von Philippus Knipschildt (Ulm 1661), welches schon auf dem Titel definiert: „de Fideicommissis familiarium nobilium *sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituunter,*“ und daselbst S. 11, Nr. 13: „Germanis dicuntur Stammgüter, so zur Erhaltung eines fürstlichen, gräflichen, freiherrlichen, adeligen Stammes und Namens verordnet seynd.“

einer individuellen Handlung (der Stiftungsurkunde) und somit eine unleugbare Rückwirkung dar (§ 1 und 7).

Von allen Seiten tritt diese Rückwirkung klar hervor. Wenn der aktuelle Fideikommißbesitzer nicht Sacheigeneigentümer ist, so wird bei der Umwandlung des Fideikommisses in freies Eigentum in seiner Hand nicht sein beschränktes Eigentum in ein unbeschränktes verwandelt, sondern es wird ihm jetzt erst vom Gesetz das Eigentum transmittiert. Wie aber vermag das Gesetz ihm dasselbe zu transmittieren? Er wird behandelt, als wenn er schon damals, als durch den Tod des letzten Besitzers sich die fideikommissarische Erbschaft für ihn eröffnete, das Sacheigentum von letzterem ererbt hätte. Allein das jetzige Gesetz kann wiederum nicht, ohne rückzuwirken, früher vollbrachte Tatsachen abändern und bewirken, daß er damals ein Eigentum der Substanz geerbt habe, während er zu jener Zeit doch nur in die Nutzungsordnung einrückte. Ja, das Gesetz kann ihn überhaupt nicht so ansehen, als habe er vom letzten Besitzer irgend etwas geerbt. Denn es ist der unterscheidende und einstimmig anerkannte Charakter des Institutes, daß niemals vom letzten Besitzer, sondern stets nur vom Stifter — ex pacto et providentia majorum — geerbt wird. Das Gesetz muß ihn also behandeln als einen, der jetzt erst vom Fideikommißstifter das freie Eigentum erbt, indem nun die bisherige ihn beschränkende Sukzessionsordnung durch die Exklusion des Gesetzes aboliert ist. Aber wenn das Gesetz die Abolition dieser Sukzessionsordnung ausspricht, wodurch sich eben dem Besitzer das Erbrecht an dem freien Eigentum eröffnet, wie kann das Gesetz in demselben Atem auf Grund derselben von ihm abolierten Sukzessionsordnung das Erbrecht der anderen, in gleichem Grade

erbberechtigten Deszendenten des Stifters ausschließen und so das Eigentumsrecht derselben und die Erbansprüche, die es selbst eröffnet, verletzen?

Aber das Gesetz verletzt nicht nur die von ihm selbst eröffneten Eigentumsrechte, es verletzt ebenso rückwirkend die schon früher erworbenen Rechte der Familie. Und es ist auch klar, daß es nicht umhin kann, diese zu verletzen, um dem zeitigen Besitzer ein Eigentumsrecht zu übertragen, welches bisher bei der Familie beruhte. Auch das Verhältnis der Agnaten läßt dies klar hervortreten. Nichts beruht auf größerer Unklarheit, als die geläufige Redeformel, daß die Anwartschaftsansprüche der Agnaten bloße Erwartungen darstellen, weil sie nur unter gewissen faktischen Bedingungen, wie z. B. Tod der Vordermänner, sich verwirklichen. Auch wer durch Vertrag ein konditionelles Recht erworben hat, z. B. durch Erbfolgevertrag, ist für die Verwirklichung desselben von dem Eintritt eines faktischen Ereignisses abhängig, und man müßte daher also, was doch niemandem einfallen wird, sagen, daß auch ein Vertrag pendente conditione nur eine Erwartung statt eines unwiderruflich erworbenen Rechtes gewähre. Erwartungen im rechtlichen Sinn sind nur solche Ansprüche, die stets in jure willkürlich revokabel sind, wie z. B. Ansprüche aus einem Testament. Durch das Fideikommißinstrument des verstorbenen Stifters einerseits und die Geburt des berufenen Anwärters andererseits ist aber ein in jure irrevokabler Rechtsnexus entstanden, ein Recht, dessen Abhängigkeit von dem Eintritt bestimmter faktischer Ereignisse es zu dem eines bedingten Vertrages, nie zu einer Erwartung macht.

Das Recht der Anwärter ist also ebensosehr ein jus quaesitum wie das des Besitzers, steht qualitativ mit demselben durchaus auf derselben Linie. Durch

die ausschließliche Transmission des Eigentumsrechtes auf den Besitzer wird also auch dies früher erworbene, faktisch bedingte Eigentumsrecht der Agnaten widerrechtlich verletzt.

Zwar wird man vielleicht glauben, sich hiergegen der Ausführungen des § 7 bedienen und antworten zu können: Auch erworbene Rechte weichen rechtmäßig einem prohibitiven Gesetze, als nur bis dahin erworbene. Allein vergeblich. Denn sie weichen, wie daselbst aufgezeigt worden, nur dann, wenn sie von dem neuen Gesetze als überhaupt außerhalb der individuellen Willensherrschaft und Eigentumssphäre (extra nostrum patrimonium) liegend erklärt werden (S. 381 fg.). Das den Anwärtern durch die fideikommissarische Sukzessionsordnung erteilte und durch ihre Geburt einmal erworbene Recht auf ausschließendes Einrücken in die Nutzung des Fideikommisses nach der Reihenfolge der Primogenitur würde somit nur dann rechtmäßig — und dann allerdings ohne jede Rückwirkung — weichen, wenn das neue Rechtsbewußtsein, das neue Gesetz, dieses durch die Sukzessionsordnung gegebene Primogeniturrecht überhaupt für untergegangen und außerhalb des privatrechtlichen Eigentumes erklären würde (wodurch dann aber auch die durch die Sukzessionsordnung gebundenen Erbansprüche der Agnaten frei würden). Indem das Gesetz aber dieses Primogeniturrecht noch in bezug auf den Besitzer aufrecht erhält und es also noch als ein rechtliches Eigentumsobjekt sein läßt, wird die Aufhebung desselben in bezug auf die lebenden Anwärter zu einer besonderen rückwirkenden Entreißung ihrer Rechte. —

Hieran liegt es unzweifelhaft, daß im dunkeln Gefühle dessen gerade die Aufhebung der Fideikommisse so vielen

ausgezeichneten Rechtsgelehrten, wie Savigny, Merlin u. a. (s. S. 334 fg., 337 fg.), ganz besondere Schwierigkeiten und Bedenken verursacht hat. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß das französische Gesetz hierin sich einer vollständigen Rückwirkung schuldig gemacht hat, und zwar gerade nur deshalb, weil es wegen mangelnder theoretischer Bewältigung der Sache die Abolition nicht *weit genug* geführt hat! Wird dieselbe so weit geführt, wie es die Rechtsidee erfordert, so kann dann von Rückwirkung und Kränkung erworbener Rechte nicht die Rede sein, wie die Ausführungen des § 7 auf das unwiderleglichste erweisen, und gerade dann kommen auch die bestehenden Rechte der Familienglieder dem Begriffe nach ebensosehr zu ihrer rechtlichen Erfüllung, wie diejenigen der Besitzer.

Wie ein Gesetz gerade dadurch rückwirkend werden kann, daß es nicht hinreichend weit geht in der Ausführung des neuen Rechtsbewußtseins — dieses merkwürdige und unleugbare Resultat läßt sich an unserer Materie noch weiter verfolgen.

Nehmen wir an, ein Gesetz wollte infolge des eben Erörterten, die Fideikommisse in der Weise aufheben, daß sie zwischen dem Besitzer und den Agnaten des gleichen Grades zur erbschaftlichen Teilung gelangen sollten, mit Ausschluß aber der weiblichen Erbinnen gleicher Nähe, weil diesen, als durch das Fideikommißinstrument ausgeschlossen, bisher kein Recht aus demselben zustand. Diese Ausschließung von dem Anteil an dem zur freien Vererbung gelangenden Fideikommiß würde sich nicht gründen auf das gemeine Erbrecht des Landes; denn dieses würde die weiblichen Glieder vielmehr in gleicher Weise zur Erbschaft zulassen. Diese Ausschließung würde sich also nur gründen können auf die fidei-

kommissarische Sukzessionsordnung. Das Gesetz würde dieselbe also, indem es die Töchter auf Grund derselben ausschließt, noch als fortwirkend behandeln. Wenn aber das Gesetz selbst die Ausschließungen der fideikommissarischen Sukzessionsordnung noch als rechtlich fortwirkend anerkennt, so würde die Aufhebung derselben in bezug auf die Agnaten, welche ja gleichfalls durch diese Ordnung zugunsten des Ältesten des Mannesstammes, des gegenwärtigen Besitzers, ausgeschlossen sind, wieder eine widerrechtliche, rückwirkende Behandlung der gegenwärtigen Besitzer zugunsten der Agnaten konstituieren. Das Gesetz kann also, wie wir schon oben auf anderem Wege aus dem Begriff entwickelt haben und sich von allen Seiten übereinstimmend zeigt, bei der Aufhebung der Fideikommisse nur so zu Werke gehen, daß es den Fideikommißstifter als im Augenblick des Gesetzes gestorben und seine Erbschaft als sich nach dem gemeinen Intestatrecht des Landes erledigend behandelt.

Nur bei dieser aus der reinen Rechtsidee adäquat hervorfließenden Behandlungsweise, welche die fideikommissarische Substitution, weil diese Befugnis prohibiert ist, auch nicht mehr als fortwirkend anschauen kann und deshalb, da dieselbe jetzt ungültig geworden, wie beim ungültigen Testament das Intestatrecht eintreten lassen muß[1]), — nur bei diesem durch strenge Operation des Begriffes geforderten Resultat wird jede Rückwirkung vermieden. —

---

[1]) Man vgl. hiermit den ganz entsprechenden Grundsatz des römischen Rechtes, daß, wenn der Testator dadurch ab intestato gestorben ist, daß die Testamentserben durch faktische Beseitigung (Tod, Repudiation) fortgefallen sind, für die nun

Es kann doch vielleicht wundernehmen, wie so das Erbrecht der Weiber, obwohl sie durch die Fideikommißinstrumente ausgeschlossen sind, das notwendige Resultat der Rechtsidee selbst sein kann, und obgleich diese Verwunderung des Verstandes keinen Einwurf von Belang gegen das bilden kann, was einmal durch die Konsequenz des Begriffes nachgewiesen ist, so wird es deshalb doch nützlich sein, auch für den juristischen Verstand diesem Resultate seine scheinbare Fremdartigkeit und seinen überraschenden Charakter zu benehmen. Hierzu dient aber zunächst schon die Betrachtung, daß die Weiber, obwohl von der Sukzession in die Fideikommisse ausgeschlossen, dennoch aus denselben Abfindung, Ausstattung usw. zu fordern, also immerhin Rechte an denselben haben. Dies aber ist wieder nur die Äußerung eines viel weiter gehenden Rechtsverhältnisses, welches schon zu Zeiten des Deutschen Reiches einstimmig und unbestritten von der Jurisprudenz anerkannt war, und welches nur hervorgehoben zu werden braucht, um jenem Resultat sofort alle Fremdartigkeit zu entziehen. Es ist nämlich bei den Fideikommissen stets zu unterscheiden die Sukzessionsordnung von dem Sukzessionsrecht. Nur durch die Sukzessionsordnung ist die weibliche Linie von der Nachfolge in das Fideikommiß zugunsten des Mannesstammes ausgeschlossen, das Erbrecht derselben ist aber stets durch die Fideikommisse aufbewahrt. Hierauf beruht die, seitdem es Fideikommisse gibt, in Deutschland konstante Lehre der alten Doktoren, daß die weibliche Linie, wenn

---

eintretende Intestatfolge nicht die Zeit des Todes des Testators, sondern die Zeit maßgebend sei, wo das Intestatrecht eingetreten (quo certum fuit, *intestatum* obiisse): siehe hierüber unten sub VI.

sie auch durch das Fideikommißinstrument ausgeschlossen, selbst wenn sie verzichtet und den Verzicht unter dem Eide geleistet hat, dennoch beim Aussterben des Mannesstammes in das Fideikommiß, welches nun seine fideikommissarische Eigenschaft verliert und freies Vermögen wird, sukzediert, weil ihr durch die fideikommissarische Sukzessionsordnung eventuell und latent erhaltenes Erbrecht jetzt wieder zum Vorschein kommt. Siehe z. B. Knipschildt, Kap. 8, Nr. 265—286, und die anderen am Ende dieser Ausführung, wo wir auf diesen Punkt ohnehin zurückkehren müssen, anzuführenden Autoren. Ist somit das Erbrecht der weiblichen Linie durch das Fideikommiß latent erhalten, so kann es bei der Aufhebung der Fideikommisse, durch welche Maßregel es für immer fortfallen würde, ohne Rechtsverletzung nur dadurch aufgehoben werden, daß es frei wird und zur Wirklichkeit gelangt.

Von jeder Seite stellt sich diese rechtliche Notwendigkeit jetzt klar heraus. Da das Erbrecht der weiblichen Linie nur durch die Sukzessionsordnung zugunsten der männlichen Primogenitur gebunden ist, so wird es durch die Aufhebung der prohibierten Sukzessionsordnung jetzt von selbst frei. Und dies Erbrecht der Weiber war nur deshalb gebunden worden, um den Glanz des Namens durch ungeteilte Vererbung auf ein männliches Haupt zu erhalten. Es tritt also die alte Rechtsregel ein: Cessante causa cessat effectus. Da dies jetzt doch nicht mehr möglich, da jetzt die Primogeniturbeschränkung, zugunsten deren jene Bindung vorgenommen worden war, fortfällt, so fällt mit ihr auch dies Gebundensein von selbst fort, und mit Recht berufen sich die Doktoren, wie wir später sehen werden, auf diesen Rechtssatz sowohl für das zum Vorschein kommende Erbrecht der weiblichen

Linie beim Aussterben der männlichen, als für die dann eintretende Befreiung des Vermögens vom fideikommissarischen Bande. — Da jetzt jedenfalls die Töchter des gegenwärtigen Fideikommissares ihr Erbteil an dem Fideikommiß erhalten würden, also nicht nur die Primogenitur, sondern auch die agnatische Beschränkung auf den Mannesstamm durch Abschaffung des Fideikommißbandes zugrunde gegangen ist, so läßt sich nicht absehen, warum die dem Fideikommißstifter im Grade noch nähere weibliche Deszendentin, die mit dem gegenwärtigen Besitzer auf derselben Linie steht, auch nach dem Willen des Stifters ausgeschlossen sein solle. Es treffen vielmehr auch hier alle die Argumente zu, welche die Doktoren geltend machen, daß eine stärkere Liebe des Fideikommißstifters zu den Verwandten als zu den Fremden, und eine stärkere zu den näheren als zu den entfernteren Verwandten präsumiert werden müsse.

Wir haben bereits im Anfange vorausgeschickt, daß diese Folgerungen des Begriffes, von so zwingender Konsequenz sie auch sind, überhaupt nur dann eintreten, wenn man das Fideikommiß seiner Substanz nach als im Eigentum der Familie ruhend auffaßt; nicht, wenn man den Besitzer als wahren und nur beschwerten Eigentümer denkt.

Welche von diesen beiden Auffassungen bei den Familienfideikommissen des deutschen Rechtes die richtige sei, darüber existiert allerdings unter den juristischen Schriftstellern eine lebhafte Kontroverse, und gerade in neuerer Zeit haben sich manche Autoren für die letztere Ansicht erklärt[1]).

Aber die unbedingte Verwerflichkeit derselben kann

[1]) Und freilich ist dies bei denen nicht verwunderlich, die, wie Duncker, „Das Gesamteigentum" (Marburg 1843), sich nicht nur gegen das deutsche Gesamteigentum überhaupt — und

keinen Augenblick zweifelhaft sein. Schon das bisher Gesagte muß klar herausgestellt haben, wie nur die Auffassung dieses Institutes als Familieneigentum dem Begriffe desselben wahrhaft entspricht. Der Besitzer des römischen Familienfideikommisses freilich ist in der Tat beschränkter Eigentümer, und nur der verwirrende Einfluß des römischen Fideikommisses, mit

---

in jedem Sinne —, sondern sogar gegen jede Annahme eines geteilten Eigentums, auch des Ober- und Nutzungseigentums, im deutschen Recht aussprechen (s. denselben in der Zeitschrift für deutsches Recht, II, 177 fg.). Diese Irrtümer, denen Mittermaier nur zu weit, wenn auch nicht bis in diese letzte Ausschweifung hinein, gefolgt ist (s. dessen Grundsätze des deutschen Privatrechtes [7. Aufl., 1847], I, 436), haben ihren letzten Grund nur in jener unhistorischen Geistesrichtung, die nicht zu begreifen, oder, wenn sie es auch unklar in thesi zugesteht, doch in der konkreten Entwicklung der einzelnen Institute niemals festzuhalten vermag, daß und inwiefern der römische und der deutsche Eigentumsbegriff eben in ihrem Begriffe durchaus verschieden seien. So mußte für sie freilich unter der unbewußten, aber bestimmenden Einwirkung des römischen Eigentumsbegriffes alles andere weichen. In seiner innersten Tiefe beruht dies eben auch nur wieder auf dem schon S. 70 fg. und Note 1 daselbst gerügten Verkennen des verschiedenen historischen Geistesbegriffes, der in den Rechtsinstituten der verschiedenen Völker tätig ist, woraus sich dann auch die schreiendste Verkennung des juristischen Charakters dieser historischen Institute bei Rechtshistorikern und Juristen ergeben mußte. In bezug auf das nahverwandte Erbrecht werden wir an dem Zusammenhange des römischen und germanischen Erbrechtes im zweiten Bande ein großartiges Beispiel hiervon erblicken. In bezug aber auf den mittelalterlichen Eigentumsbegriff als solchen, so ist derselbe bereits S. 393 fg. kurz angedeutet worden und aus der dortigen Bestimmung desselben ergibt sich auch, wie daselbst kurz hervorgehoben, als ein charakteristischer und notwendiger Ausfluß, die Geteiltheit des deutschen Eigentums.

welchem das deutsch-rechtliche nichts in seinem Wesen gemein hat, ist durch die unbewußte Einwirkung der römischen Rechtskategorien auch auf solche, die laut gegen diese ungehörige Vermengung protestieren, die Quelle dieser völlig falschen Auffassung gewesen[1]).

[1]) Wie verwerflich selbst jede bloße Analogie mit dem römischen Fideikommisse ist, geht, wenn wir die Ausführungen des zweiten Bandes über das römische Erbrecht hier voraussetzen, schon daraus hervor, daß das römische Fideikommiß immer nur ein Legat (Sachverfügung), nie eine *hereditas* im zivilrechtlichen Sinne ist. Das deutsche Fideikommiß dagegen, aus dem Recht der nächsten Erben an den Stammgütern erwachsend, ist wahre Erbschaft, wobei wir auf das Wesen des germanischen Erbtums im zweiten Bande verweisen müssen. Was ist nun aber das Fideikommißinstrument seinem Begriffe nach? Legat, wie das römische Fideikommiß, ist es nicht, weil es wahre Erbschaft ist. Testamentarische Erbschaft aber, im römischen Sinne, ist es offenbar noch weniger. Was ist es also? Es ist privatgesetzgeberische Festsetzung einer Intestatordnung für eine bestimmte Familie. Dies bestätigt sich auch durch den eben erwähnten historischen Umstand, daß diese Institute sich bekanntlich aus dem alten Intestaterbrecht der nächsten Erben und aus dem Bestreben, dieses gegen das Eindringen des römischen Rechtes und seiner Testamentsfreiheit zu sichern, sich entwickelt haben; siehe z. B. von Salza und Lichtenau, Lehre von den Familienfideikommissen, § 4 (Leipzig 1838), u. a. Aus diesem Intestatgesetzcharakter der Institution ergibt sich, wenn er festgehalten wird, alles weitere von selbst, und insbesondere ist dann die Folgerung evident, daß, wenn der Gesetzgeber die gültige Fortdauer eines solchen Privatintestatgesetzes in gewissen Familien (Autonomie) nicht mehr anerkennt, nichts anderes als die jetzt eintretende Vererbung des davon betroffenen und bisher festgehaltenen Vermögens in der Familie des Stifters nach dem jetzigen Intestatgesetz erfolgen kann; vgl. oben S. 582, Note 1.

Es ist hier nicht der Ort, diesen Irrtum in jener ausführlichen und erschöpfenden Weise aufzulösen, welche erforderlich wäre, um die einzelnen Momente seiner Genesis in ihre positive Wahrheit umzubiegen. Aber soviel wie zu seiner kritischen Beseitigung erforderlich und mehr als hinreichend ist, mag in Kürze gesagt werden. Und gerade wenn man bei der Betrachtung des deutschen Familienfideikommisses das römische demselben parallelisiert, tritt fortlaufend an den unterscheidenden Merkmalen beider auf das schlagendste hervor, wie, während das zweite beschwertes Eigentum des Besitzers sein muß, das erstere sich schlechterdings als ein Gesamtfamilieneigentum herausstellt.

Die deutschen Familienfideikommisse werden überall, was schon oben urgiert wurde, ausdrücklich als solche Einrichtungen eines für ewige Zeiten unveräußerlichen Vermögens bezeichnet, welche *„pro splendore et conservatione familiae“* getroffen wurden. Diejenigen, welche das deutsche Familienfideikommiß, wie das römische mit der Bestimmung ne de familia exeat einem einzelnen hinterlassene — obwohl sich schon in diesem formellen Unterschiede der Unterschied des Wesens, wie man glauben sollte, hinreichend deutlich ausspricht — als beschwertes individuelles Eigentum des Besitzers auffassen, müssen jenen Zweck der Stiftung zu einem bloßen Motiv der Handlung degradieren, weshalb nun dem einzelnen Eigentümer Unveräußerlichkeit und Restitutionspflicht auferlegt worden sei.

Diese begrifflose Auffassung übersieht, daß, selbst als bloßes Motiv gefaßt, hier einer jener Fälle vorliegt, wo das Motiv (s. oben S. 179 fg.) mit dem Inhalt der Handlung zusammenfallen, ihn decken und erschöpfen würde, und daß also schon um der Identi-

tät von Motiv und Handlung willen, d. h. um der perpetuellen Unveräußerlichkeit willen, dieses Motiv sich als der Willensinhalt der Handlung selbst darstellen, d. h. das Eigentum an der Substanz der ganzen Familie in perpetuum zugewendet sein würde.

Schon diese einander deckende Identität von Motiv und Handlung findet nicht statt bei den römischen Familienfideikommissen, denn selbst die in perpetuum errichteten römischen Familienfideikommisse sind nicht perpetuell, gelten nur für vier Substitutionsfälle, so daß der Besitzer dann das Fideikommiß vollkommen frei, auch an Fremde, veräußern kann[1]). Eine perpetuelle Unveräußerlichkeit zugunsten der Familienidee ist also gar nicht erreicht. Es liegt hier klar der Grund vor, warum der Römer gar nicht anders kann, als dem Fideikommißbesitzer das Eigentum zuwenden. Bei wem sollte es ruhen? Vier aufeinander folgende Personen sind keine Universitas oder moralische Person. Nur an diese vier einzelnen Personen, nicht an den perpetuierlichen Familienbegriff, kann der rechtliche Wille des Testators denken, und das Fideikommiß läßt sich daher nur als das sukzessive Eigentum dieser vier einzelnen Individuen auffassen, die deshalb zu beschwerten Eigentümern werden.

Oder richtiger umgekehrt: weil die Römer das Eigentum an dem Fideikommiß immer nur als individuelles Eigentum denken, weil sie die Familiendeszendenz nicht als eine selbständige moralische Person auffassen, kann deshalb — denn das positive Recht ist glücklicherweise immer viel spekulativer und weit mehr vom Begriff durchdrungen als die Theorie der Autoren — auch keine

---

[1]) Novelle 159.

perpetuelle Unveräußerlichkeit gültig angeordnet werden, da solche mit dem Begriff des individuellen Eigentumes eine wahrhafte contradictio in adjecto bilden würde[1]).

Im deutschen Rechte aber tritt hier der Begriff des einer als eine juristische Einheit gedachten Vielheit von Personen zustehenden Samteigentums auf[2]). In bezug auf das Familienfideikommiß ist er nur die organische Fortbildung der urgermanischen Idee von der sittlichen Einheit der Familie und des um dieser Identität willen an sich gemeinsamen Charakters

[1]) Wie aber im römischen Fideikommiß für jene vier Substitutionen Restitution (und darum Unveräußerlichkeit), trotz des individuellen Eigentums daran, vorgeschrieben werden kann, wird nach unseren Entwicklungen über das römische Erbrecht und speziell über die Entstehung und Geschichte des römischen Fideikommisses jedem Weiterdenkenden sich von selbst ergeben. Hier nur einige flüchtige Andeutungen: Insofern das römische Fideikommiß ein Legat ist, könnte gerade dort die Restitutionspflicht völlig widersprechend erscheinen; denn vom Legat gerade gilt durchaus, daß der Eigentümer nicht zur Restitution verpflichtet werden kann: a legatario legari non potest. Aber das Fideikommiß ist nicht Legat überhaupt, sondern Fideikommißlegat, d. h. das Fideikommiß ist ursprünglich nur eine an den Erben gerichtete Bitte, die keinen Rechtszwang hat, daher auch, wenn sie Wirkung hat, bloß als sein (des Erben) eigener faktischer Wille diese hervorbringt, weswegen dieses Vermächtnis konsequent und notwendig von jeder Strenge des jus befreit ist. Erst unter Augustus wird die Restitution des Fideikommisses überhaupt erzwingbar; dennoch bleibt, wie im zweiten Bande gezeigt werden wird, die Freiheit von Form und jus, und jener Wunschcharakter der Verordnung ein fortlaufendes herrschendes Moment in der Entwicklung des Fideikommisses.

[2]) Siehe Dieck in der Ersch-Gruberschen Enzyklopädie, Sekt. I, Bd. 26, S. 494, Art. Dominium.

ihres Eigentumes, der im alten Intestatrecht deutlich hervortritt (s. hierüber im zweiten Bande). In dieser Fortbildung wird also das Eigentum schlechthin zum Eigentum des Familienbegriffes und darum notwendig in alle Ewigkeit unveräußerlich, solange derselbe noch irgend in lebenden Subjekten (Familiengliedern) eine Realität hat.

Lassen wir aber den Begriff als solchen dahingestellt sein, und gehen wir zu den formell-juristischen Kriterien der Sache über, zu den Befugnissen des Fideikommißbesitzers.

Wer Eigentümer einer Sache ist und wer nicht, das muß auf das schärfste in seinen Befugnissen über die Sache zum Vorschein kommen und sich hier ohne Widerstreit ergeben.

Welches sind also die Eigentumsbefugnisse des Fideikommißbesitzers nach deutschem Recht?

Er kann weder veräußern, noch verpfänden, noch deteriorieren. Allein das kann auch der beschwerte Eigentümer des römischen Fideikommisses nicht, und insofern begreift sich die täuschende Analogie[1]).

Aber das sichere und entscheidende Kriterium des Eigentumes ist die Vererbung. Was Eigentum ist, daß muß vererbt werden können, und was von seinem Besitzer nicht vererbt werden kann, sondern vielmehr von einem anderen forterbt, ist nicht Eigentum des Besitzers.

---

[1]) Obgleich auch schon hier der für die Eigentumsfrage nicht unbedeutsame Unterschied hervortritt, daß die deutschen Anwärter bei Deterioration das Fideikommißobjekt selbst sequestrieren lassen können (Salza, a. a. O., S. 195), während sich die römischen Sukzessoren durch Kaution für den Wert ihrer Rechte sichern müssen; s. L. 69, § 3, de leg. II (31).

Dem entsprechend ist es auch anerkannt, daß das römische Familienfideikommiß trotz der Restitutionspflicht des Eigentümers immer nur *ex beneficio ultimi possessoris* vererbt wird[1]), wie dies auch ganz klar darin hervortritt, daß es dem römischen Fideikommißbesitzer freisteht, einem beliebigen, auch im Grade entfernten (vel dispari gradu) Mitglied der Familie zu restituieren[2]).

Umgekehrt ist vom deutschen Fideikommiß ebenso einstimmig anerkannt, daß dasselbe niemals ex beneficio ultimi possessoris, sondern stets nur ex pacto et providentia majorum — ganz in demselben Sinne wie dies die Feudisten bei der Lehnsfolge nehmen — vom Stifter her fortvererbt wird.

Wie soll also das ein Eigentum des Besitzers sein können, was statt von ihm von einem anderen vererbt wird?!

Ein ferneres Kriterium ist, daß das römische Familienfideikommiß jederzeit durch die Einwilligung aller lebenden Interessenten aufgehoben werden kann[3]).

Natürlich! Denn es ist eben individuelles Eigentum des Besitzers, und wenn also diejenigen, welche allein bereits Rechtssubjekte sind und daher allein bereits Rechte haben können, mit dem Aufgeben dieser bloß eventuellen Rechte einverstanden sind, so muß stets dem Willen des Stifters entgegen das Fideikommiß aufgehoben werden können. Das individuelle Eigentumsrecht des Besitzers muß, wenn die hindernden Ansprüche der eventuellen Anwärter durch ihre Einwilligung fortfallen, von selbst in die ganze Energie seiner Wirksamkeit treten.

---

[1]) L. 67, §§ 3, 5, de leg. II (31), Papinian.

[2]) S. praef. und §§ 2, 5 der L. 67 daselbst.

[3]) L. 120, § 1, de leg. I (30). L. 11, C. de fideicom. (6, 42).

Das deutsche Familienfideikommiß hingegen kann niemals, auch nicht mit Einwilligung des Besitzers und aller Interessenten, aufgehoben werden[1]). Ebenso natürlich! Denn hier ist der Eigentümer des Vermögens nur der Familienbegriff selbst in seiner ideellen Perpetuierlichkeit und daher die erst künftig zu erzeugenden Generationen ganz ebensosehr wie die zu einer bestimmten Zeit lebenden Rechtssubjekte desselben.

Das Eigentum des Fideikommißbesitzers, welcher nicht disponieren kann, noch vererben, noch mit Beistimmung der sein angebliches Eigentumsrecht vinkulierenden Rechtssubjekte das Fideikommiß aufheben, ist also genau so ein Eigentum, wie jenes berühmte Lichtenbergsche Messer ohne Stiel, dem die Klinge fehlt, ein Messer ist!

Mit dieser tatsächlichen Rechtsbeschaffenheit der deutschen Familienfideikommisse stehen auch die alten Urkunden selbst in der offenbarsten Übereinstimmung. Wenn der Bischof von Breslau, Jacobus von Salza, in seiner fideikommissarischen Stiftungsurkunde vom Jahre 1532[2]) sagt, daß er dies Fideikommiß errichte zugunsten seines Bruders Mathes und dessen ältesten Sohnes Joachim, „allein zcw irer baider lebetagen in gebrauch zcu haben vnd zcu halten“; wenn er fortfährt, es solle diese Ordnung ewiglich gehalten werden, daß es allemal an den ältesten Schwertmagen kommen solle, „alleine zcum lebetagenn ane alle Rechnung innetzuhaben“; wenn er nochmals das Verhältnis der Sukzessoren als „Innehabung“ und wiederum jeden Sukzessor als

---

[1]) Siehe Salza, a. a. O., § 109; Dieck in der Ersch-Gruberschen Enzyklopädie, Sekt. I, Bd. 41, S. 337, Art. Familiengüter; Knorsch, Das deutsche Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832), § 82.

[2]) Siehe diese bei Salza, a. a. O., S. 244—246.

„Innehalter" bezeichnet; wenn er vorschreibt, daß im Falle der Wiedereinlösung des Burglehens (welches ihm ursprünglich versetzt war) das Geld „vonn dem geschlechte" an ein anderes Gut gelegt werden solle; und wenn er damit schließt, er wolle hierdurch alle seine „nachkommen Innehalter solcher Gutter sampt dem ganzen geschlecht hiermit vestiglich verbunden haben": so sind hier nun freilich durch einen Zufall die Worte gerade so gewählt, als wären sie polemisch gegen den modernen Irrtum geschrieben, und sollten beweisen, daß jeder einzelne Besitzer bloß die Nutzung (Gebrauch und Innehaltung für Lebtagen), und nur das ganze Geschlecht das Eigentum des Fideikommisses haben solle [1]).

Aber auch wo die Ausdrücke der Fideikommißurkunde nicht von dieser kritischen Bestimmtheit sind, ist doch, wenn eben nur feststeht, daß, wie dies beim Adel stets der Fall, ein deutsches, nicht römisches, Familienfideikommiß gestiftet werden sollte, die Kraft des tatsächlich Geschehenen, d. h. der juristische Charakter der realen, dem einzelnen Fideikommißbesitzer übertragenen Befugnis das Durchschlagende

---

[1]) Siehe sehr zahlreiche, ganz ebenso bestimmte Urkunden bei Kohler, Privatfürstenrecht, § 69, angeführt, z. B. die des Hauses Hessen von 1568, wo es heißt, daß die „Länder als Stammgut zusammenbleiben sollen, nur dem Mannesstammen gehörend"; die des Hauses Fürstenberg von 1576, wo „zu beständiger Erhaltung und Förderung unser und all unser Erben und Nachkommen des Namens und Stammes, der zu Fürstenberg Ehr, Nutz und Wohlfahrt auch Aufnehmen" bestimmt wird: „wie es in ewig Zeit unseres Namens und Stammes Hab und Güter halber gehalten werden solle," wo also überall die Güter als Eigentum des ganzen Stammes ausdrücklich bezeichnet werden.

und allein Entscheidende, woneben die Worte das Gleichgültige sind.

Es hat daher auch zu keiner Zeit an einer großen und überwiegenden Anzahl der gewichtigsten Autoren gefehlt, welche die wahre Natur der deutschen Fideikommisse erkannt und verteidigt haben. So außer anderen[1]) der an echt historischem Sinn noch immer nicht übertroffene Eichhorn[2]), von neueren Spezialschrift-

---

[1]) Pütter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht (Göttingen 1779), II, 229 fg.; dessen Erörterungen, Nr. 6, II, 216; H. Chr. von Senkenberg, Disp. qua filiam ultimi gentis suae in regnis et principatibus succedere demonstrat. (Göttingen 1736), Kap. 1; J. J. Reinhard, Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Erbfolge und der einzige Grund der Lehenfolge der Seitenverwandten (1755); dessen neue Anmerkungen von der Lehenfolge und Gemeinschaft (Frankfurt 1762). [Es muß übrigens beiläufig bemerkt werden, daß man noch durchaus nicht Reinhardts und Fischers Ansicht über die ursprüngliche Familiengemeinschaftlichkeit alles deutschen Grundeigentums — obgleich dieselbe in gewisser Weise (nämlich nicht als aktuelles Gesamteigentum, sondern als eine an sich vorhandene Gemeinsamkeit des Besitzes, siehe hierüber im zweiten Bande, sub II) die einzig richtige und daher auch von allen tiefer Denkenden jeder Richtung, von Hegel wie Stahl, festgehaltene Auffassung ist — zu sein braucht, um doch für das Familienfideikommiß der obigen Ansicht zu sein, wie das z. B. der bald anzuführende Beseler deutlich zeigt.] Ferner noch: Walch, De condominio successionis fundamento in Germ. (Jena 1773); Meurer, Von der Sukzession in Lehen und Stammgüter unter dem hohen und niederen Adel (Leipzig 1781), S. 10; G. E. C. Preuschen, Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Lehensfolge der Seitenverwandten (1775); Fischer, Geschichte der deutschen Erbfolge, S. 49, und dessen erbschaftliches Versendungsrecht (Regensburg 1786); Weber, Handbuch des Lehenrechtes, III, 165.

[2]) Rechtsgeschichte, 3. Aufl., §§ 68, 198, 389.

stellern in dieser Materie Kohler[1]), und endlich das bedeutendste Werk, welches in neuerer Zeit im Gebiete des deutschen Erbrechtes überhaupt erschienen ist, die Lehre von den Erbverträgen von Georg Beseler[2]).

---

[1]) Deutsches Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832), §§ 69 bis 71.

[2]) II, 49—65 (Göttingen 1840). — Das Zeugnis Beselers in dieser Angelegenheit ist um so bedeutender, als derselbe nicht nur die in der Tat schiefe und zu weit getriebene Ansicht verwirft, daß im deutschen Recht das Eigentum ein aktuelles Gesamteigentum der Familie gewesen sei (siehe I, 48 fg.), auch nicht nur das deutsche Gesamteigentum überhaupt in keinem anderen Sinne als in dem eines geteilten Eigentums gelten läßt (I, 88), in welchem Sinne dasselbe ja auch von Mittermaier (Deutsches Privatrecht, 7. Aufl., § 155) und allen Besonnenen einstimmig anerkannt wird, sondern sogar in der frühesten Zeit das Anrecht der nächsten Erben (s. Bd. I, § 5, und Bd. II, §§ 15 u. 16) nicht gelten lassen will. Gleichwohl kommt er in bezug auf die Familienfideikommisse des Adels auf das bestimmteste zu obigem Resultat. Er sagt (II, 51 fg.): „Darf man nun aber auch für das ältere Recht den Grundsatz aufstellen, daß der Grundbesitz nicht im Gesamteigentum der Familie stand, so ist doch bereits der Beweis geliefert worden, daß infolge späterer Entwicklung die Familie des deutschen Adels sich enger zusammengeschlossen hat, und daß gerade das Bedürfnis, das unbewegliche Vermögen in ihrem Interesse zusammenzuhalten, der Hauptgrund dieses Ereignisses war. Trotz jener Resultate, welche die Untersuchung für das ältere Recht ergeben hat, bleibt daher noch die Frage offen, ob nicht infolge jener späteren Rechtsentwicklung gegenwärtig ein Gesamteigentum für die Familie des hohen Adels angenommen werden muß, und diese Frage ist unbedenklich zu bejahen; denn auf die angegebene Weise hat sich die Familie in dieser Sphäre auch rücksichtlich des Güterrechtes durchaus als eine Genossenschaft konstituiert, welche als selbständiges Rechtssubjekt Inhaberin von Eigentumsrechten geworden ist." Aus der gründ-

Der gelehrte Dieck[1]) nimmt eine schwankende Stellung zwischen den beiden Meinungen ein, indem er zugibt, daß bei Urkunden, die so deutlich seien wie die oben bezogene des Bischofes Jacob von Salza, allerdings nicht daran gezweifelt werden könne, daß das Eigentum nur bei der ganzen Familie sei, der Regel nach aber der Ansicht derjenigen Autoren beistimmen will, welche den Fideikommißbesitzer für einen wahren, beschränkten Eigentümer halten.

Von noch größerem Gewicht ist die Entscheidung der Gesetzgebungen, und wie wir im Laufe dieses Werkes fortlaufend Gelegenheit gehabt haben, zu zeigen, daß das praktische Rechtsgefühl der Gesetzgebungen die Wahrheit besser zu treffen und dem Begriffe näher zu kommen

---

lichen, daselbst nachzulesenden näheren Ausführung, der im wesentlichen vollkommen beizustimmen ist, heben wir nur nachfolgende Sätze hervor (S. 55 fg.): „Zum Abschluß ist diese Bewegung im Familienrecht des Adels aber erst durch die Einführung besonderer Sukzessionsordnungen gelangt, welche im Mannesstamme selbst die Bevorzugung eines einzelnen festgesetzt haben. Das Verhältnis, welches in einem solchen Falle vorliegt, ist regelmäßig folgendes: Das Vermögen oder eine bestimmte Vermögensmasse ist an die Familie gebunden und steht im allgemeinen unter ihrem Einfluß; der Mannesstamm ist zunächst oder ausschließlich zur Sukzession berechtigt; von ihm wieder eine aus Gründen des Alters bevorzugte Person." „Die Familie, im gemeinsamen Beschluß ihrer vollberechtigten Mitglieder vertreten, ist im allgemeinen die berechtigte Person und die Eigentümerin ihres Vermögens." „Die einzelnen Glieder der Familie sind verschieden gestellt. Der Erstgeborene sukzediert jure proprio et singulari infolge der Familienbeliebung; er hat die Benutzung und Verwaltung des Familienvermögens, doch unbeschadet seiner Proprietät und Substanz."

[1]) Im Art. Familiengüter, a. a. O., S. 334.

pflegt als die halbe Theorie der Autoren[1]), so haben auch, während Mittermaier ihnen zu hoher Ungebühr hierbei den Vorwurf eines Mißverständnisses macht[2]), die Gesetzgebungen der drei größten deutschen Staaten, Österreich, Preußen und Bayern, mit Recht anerkannt, daß das wahre Eigentum des Fideikommisses sich bei der gesamten Familie befinde.

Und indem man die dem römischen Rechte entlehnten Bezeichnungen von dominium directum und dominium utile, in theoretischer Hinsicht nicht mehr ganz passend, was aber praktisch nicht den geringsten Unterschied gab, auf diese eigentümlichen Verhältnisse des geteilten Eigentumes im deutschen Recht anwandte, wurde das Eigentumsrecht der Familie als solcher (wozu auch der Fideikommißbesitzer als Mitglied gehört) als Obereigentum, das des Besitzers als solchen aber — und diese

---

[1]) Es läßt sich nicht verkennen, daß zu jener falschen Auffassung der Fideikommisse außer der theoretischen Verwirrung auch politische Einflüsse, wenn auch nicht bewußt, so doch nichtsdestoweniger merklich beigetragen haben. Meistens sind es liberale Schriftsteller, welche diese Meinung verteidigt und akkreditiert haben. Der Liberalismus in seiner selber beschränkten Natur glaubte mit einem beschränkten Eigentum der Fideikommißbesitzer durch den bloßen Fortfall der „Beschränkungen", über den dann mindestens die Eigentümer nicht klagen konnten und wobei die Rechte der Agnaten zu bloßen Erwartungen wurden, leichter fertig werden zu können als mit dem Eigentumsrecht der Familie! — Wo die Darstellung jener Verhältnisse von der Adelsseite selbst ausging, da wurden, wie z. B. von dem fürstlich Oettingen-Wallersteinschen Hofrat Kohler, die Fideikommisse immer in ihrer begrifflichen Wahrheit als Eigentum der gesamten Familie und ihrer künftigen Deszendenz behauptet. So möge ihnen denn das Recht des Begriffes widerfahren!

[2]) Privatrecht, 7. Aufl., I, 444.

Bezeichnung ist auch theoretisch ganz richtig — als bloßes Nutzungseigentum qualifiziert. So das Österreichische Gesetzbuch, T. II, § 629: „Das Eigentum des Fideikommißvermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideikommißinhaber geteilt. Jenen kommt das Obereigentum allein, diesem aber auch das Nutzungseigentum zu."

Ebenso das Preußische Allgemeine Landrecht, T. II, T. 4, § 72: „Dem jedesmaligen Fideikommißbesitzer gebührt das nutzbare Eigentum des Fideikommisses. § 73. Das Obereigentum befindet sich bei der ganzen Familie[1])."

Wenn also in einem dieser drei Staaten die Fideikommisse zur Aufhebung gelangten, so könnte hier nicht einmal ein Streit darüber stattfinden, daß schlechterdings nur in dem oben entwickelten Sinne zu verfahren sei und infolge der abrogierten Sukzessionsordnung des alten Privatintestatgesetzes das gebundene Erbrecht der Familie in Gemäßheit des gegenwärtigen Intestatrechtes zur freien Realisierung zu kommen habe.

Hier, sagen wir, könnte nicht einmal ein Streit darüber stattfinden; denn hier sind die Fideikommisse als im Eigentum der ganzen Familie stehend durch die Gesetzgebungen selbst anerkannt und jedenfalls also durch den Erlaß dieser Gesetzgebungen längst zu solchem Familieneigentum geworden.

Aber auch anderwärts hat die oben auseinandergesetzte rechtliche Natur der Sache, indem sie sich in der Form von Billigkeitsgründen, besonders in Rücksicht auf das Recht der Agnaten, geltend machte, bereits ähnliche

---

[1]) Vgl. Bayrisches Edikt, § 43.

gesetzgeberische Resultate herbeigeführt. So im Beginn dieses Jahrhunderts in Piemont, wo noch vor der Vereinigung mit Frankreich die piemontesische Konsulta durch ein Gesetz vom 6. Fruktidor VIII die Fideikommiß- und Primogenitureigenschaft für aufgehoben erklärt, die Unveräußerlichkeit der Güter aber, bis das Gesetz definitiv über das Rechtsverhältnis derselben verfügt haben würde, provisorisch aufrecht erhalten hatte. Bald darauf erließ die Exekutivkommission von Piemont das Gesetz vom 13. Nivôse IX, durch welches in Rücksicht darauf, daß den jüngeren Brüdern der gegenwärtigen Besitzer und ihrer Deszendenz durch die Aufhebung der fideikommissarischen Sukzessionsordnung sowohl das Recht der *eventuellen Nachfolge*, als das ihnen schon unter dem Fideikommiß selbst zustehende *Abfindungsrecht* entrissen würde, verordnet wurde, daß den jüngeren Brüdern der *gegenwärtigen Besitzer* eine „assignation équitable" aus dem Fideikommißvermögen zugesprochen werden sollte, die in quantitativer Hinsicht *das Pflichtteil aus demselben, falls der letzte Vorbesitzer erst jetzt gestorben* wäre, nicht zu überschreiten habe. Es heißt *in* den im Gesetz selbst ausgesprochenen Motiven in seiner offiziellen französischen Übersetzung: „Considérant 1° que la libre disponibilité des biens ci-devant liés à la Primogéniture et fideicommis ... a réellement amélioré la condition et augmenté le patrimoine des possesseurs desdits biens; 2° que la loi, en accordant cet avantage aux possesseurs actuels des biens primogéniaux, a le droit de les charger d'un correspectif proportionné en faveur des *puinés*, lesquels ayant jadis, à cause du lien de Primogéniture, été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, ont maintenant perdu tout espoir de succession éventuelle, à cause de la loi qui a rendu

libres lesdits biens; 3° que le droit accordé aux *puinés* d'obtenir une assignation congrue sur les biens primogéniaux même avant que ces biens eussent été effectivement rendus libres, *recevait nécessairement plus d'étendue d'après la résolution immédiate des liens.*" Und hierauf wird nun verfügt: „§ 4. Il est loisible aux frères puinés, qui jadis ont été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, d'obtenir par tête, ou à leurs descendants par *souche,* une *assignation équitable,* laquelle devra être fixée avec les égards convenables à tout ce que lesdits frères eussent déjà obtenu de la succession du père, ou de tel autre ascendant commun, qui eût possédé auparavant les biens maintenant rendus libres par la loi, comme aussi à l'état et aux circonstances actuelles de la famille et des enfants des possesseurs susdits. § 5. L'assignation ci-dessus ne pourra, en quelque cas que ce soit, excéder *la portion légitimaire* qui aurait *dû être separée du patrimoine par le père ou ascendant commun,* dans le cas où, *au temps de son décès, il eût été libre de tout lien.*"

Niemand wird bei aufmerksamer Betrachtung dieses Gesetzes und seiner Motive leugnen können, daß es die instinktmäßige Operation der von uns entwickelten begrifflichen Natur der Sache ist, welche diesem Gesetz in letzter Instanz zugrunde liegt und bereits darauf hinzwingt, obwohl in falscher Form, den Fall so zu setzen, als wenn das Fideikommiß jetzt erst zur Vererbung käme. Weil aber der Begriff hier noch nicht in seiner sich selbst durchsichtigen Helle und seinem theoretischen Selbstverständnis, sondern als bloßes Billigkeitsgefühl ins Bewußtsein tritt, kann er auch nicht zu einer adäquaten Realisierung gelangen, und es werden daher nur die jüngeren Brüder und diese nicht in der vollen Ausdehnung ihres wahrhaften Rechtes berücksichtigt.

Daß nun aber in der Tat die hier bei der Aufhebung der Fideikommisse als notwendig aufgezeigte sofortige Erbteilung des Fideikommißvermögens nach dem Landesintestatgesetz unter den gegenwärtigen gleich nahen Deszendenten des Stifters aus derselben Linie[1]) die einzig rechtmäßige und dem fideikommissarischen Recht entsprechende ist, das läßt sich noch auf das schlagendste und entschiedendste durch ein argumentum a fortiori nachweisen, welches zu seiner Grundlage nichts Geringeres als die gesamte, einmütige Jurisprudenz aus den Zeiten des Deutschen Reiches hat.

Wir meinen den Fall, wo Fideikommisse statt, wie in der von uns betrachteten Voraussetzung durch rechtliche Veränderung, vielmehr aus faktischen Gründen untergehen.

Nichts anderes stellt nämlich der Fall dar, wenn der Mannesstamm des Stifters überhaupt ausstirbt, wo dann also durch faktische Veränderung die fideikommissarische Sukzessionsordnung hinfällig wird.

Die Doktoren haben nun einstimmig entschieden, worauf schon oben Bezug genommen, daß in diesem Falle das Sukzessionsrecht der weiblichen Deszendenz, wenn diese

---

[1]) „Aus derselben Linie," sagen wir. Denn das Fideikommißinstrument ist so zu interpretieren (vgl. oben S. 577): es solle primo loco dieser Linie und ihrer Deszendenz das Erbrecht übertragen sein und zwar, in aeternum oder eventuell solange dies rechtlich zulässig ist, nach Maßgabe der Primogeniturordnung, und sowie dies zulässig zu sein aufhört, nach Maßgabe des dermaligen Intestatrechtes. Was wir bald über die Verwerfung der Ansprüche der heredes regredientes im alten Recht hören werden, ist dieser Auffassung entflossen.

nicht nur durch die Stiftungsurkunde ausgeschlossen war, sondern auch verzichtet und selbst eidlich verzichtet hatte, weil es eben nur durch die Sukzessionsordnung gebunden und latent war, in voller Wirksamkeit wieder zum Vorschein kommt.

Man sehe Knipschildt, a. a. O., VIII, Nr. 265 (S. 359 der Ulmer Ausgabe von 1661): „Quamvis autem foeminae, masculis extantibus in his fideicommissis familiarum Nobilium non succedant, secus tamen est, si masculi nulli ex testatoris sive institutoris familia et agnatione extent, *tum enim foeminas in iisdem succedere non dubito*, et tradunt Grassus etc. etc. *Quia tunc cessat ratio exclusionis, agnationis nimirum conservatio,* cum nulli supersint agnati, atque *ideo ipsa exclusio cessabit,* cum *generalis sit regula* quod *cessante causa cessat effectus* et *cessante causa dispositionis, privilegii, prohibitionis, favoris, exclusionis, renunciationis, ipsa* cessat *dispositio* (vgl. oben S. 584/85), privilegium, prohibitio, favor, exclusio et renunciatio de qua infra, cap. 16 et 17 sq., Nr. 268: Hinc quoque quando statutum extat foeminas propter masculos excludens, nihilominus tamen masculis deficientibus, foeminas admitti *communis doctorum est conclusio* (worauf die Zitationen folgen). Et in *renunciationibus* foeminarum idem obtinere, ut masculis deficientibus foeminae admittantur, tradit Bartolus Muscul. etc., Nr. 270: Ita enim in jure *primogeniturae et majoratus,* masculis deficientibus, foeminae admittantur, worauf es nach massenhaften Zitationen also fortgeht: atque hoc etiam colligitur ex *verisimili mente ipsius disponentis, sive fideicommissum instituentis,* qui si interrogatus fuisset, quem praeferre vellet eo casu, quando omnes de agnatione filiorum suorum mortui essent, utique non extraneos ullos, sed proprias filias vel neptes responsurus fuisset. Cum major sit affectio erga cognatos

et consanguineos quam extraneos etc. etc.[1]), praesertim vero parentum erga liberos et descendentes suos etc. etc. At vero in omni dispositione *illud actum* esse intelligitur *quod est verisimile* etc. etc., *omnisque dispositio intelligi debet secundum affectionem et charitatem* quam *disponentes erga personas habuerunt* et quaelibet dispositio in favorem eorum erga quosquos affectio fuit, *ita restringi debet ut magis dilectus melioris sit conditionis illudque in dubio pro disposito et expresso habetur, de quo si disponentes interrogati, verisimiliter responsuri fuissent* (vgl. oben S. 584/85 und 577fg.; es wird jetzt in die Augen springen, wie das von uns über die bei der rechtlichen Aufhebung der Fideikommisse eintretende rechtmäßige Folge, respektive über die Sukzession der Weiber Gesagte sich ganz durch diesen Maßstab als der mutmaßliche Wille des Stifters und als die einzig legitime, den Akt nicht denaturierende Interpretation desselben rechtfertigt).

Ebenso Pütter in seinen Institutiones juris publici Germanici, § 454: Sin universae familiae stirps mascula deficit, *filiabus a primo adquirente oriundis earumque posteris jus succedendi* aperitur etc. Ebenso Selchow, Professor zu Göttingen, in seinen Elementa juris publici Germanici, § 509 und 510, und in seinen Elementa juris Germanici privati hodierni, § 632. Aber es herrscht darüber auch nicht der geringste Streit, sondern nur darüber herrscht eine lebhafte Kontroverse, ob die Töchter des letzten Besitzers oder die dem Stifter vielleicht näheren Deszendentinnen der früher übergangenen weiblichen Linien — deshalb heredes regredientes genannt

---

[1]) Wir deuten durch das etc. die Zitationen der römischen Gesetze und der Autoren an.

— vorgehen. Die eben angezogenen Autoren verwerfen diese letztere Ansicht[1]), was eben auf dem ganz richtigen Gedanken beruht, daß, wie wir oben (S. 602, n. 1) zeigten, jeder durch die Sukzessionsordnung einmal an die Reihe gekommenen Linie *primo loco* Sukzessionsordnung und Erbrecht — also Vorrang in demselben — übertragen worden sei, während andere sogar so weit gehen, die dem Stifter näher verwandten Töchter weiblicher Deszendenz rufen zu wollen[2]).

Ebenso steht fest, daß, wenn nun einmal ein Fideikommiß durch das Aussterben männlicher Agnaten in weibliche Hand gelangt, hierdurch von selbst das fideikommissarische Band fortgefallen und das Gut in bezug auf Veräußerlichkeit wie in jeder anderen Hinsicht seine ursprünglich freie Natur ipso jure wiedererlangt hat. Quando[3]) autem semel ad hujusmodi fideicommissorum successionem admissa (nämlich an Weiber), *ipsum fideicommissum evanescit* et *bona ista ad primaevam suam naturam liberam redeunt* et *alienari* possunt, quia *hoc casu cessat ratio prohibitae alienationis* et *sic ipsa pro-*

---

1) Ohne aber natürlich das Erbrecht auch jener weiblichen Deszendenz zu leugnen. So sagt Selchow a. a. O. ausdrücklich: „*Licet* enim *omnes foeminae a primo adquirente descendentes jus* habeant *succedendi,* extincta gente masculina, ordo tamen successionis, secundum omnia jura quae unquam in Germania obtinuerunt et etiam nunc obtinent, semper ab *ultimo defuncto* ducitur," und ebenso Pütter, der unmittelbar nach den oben zitierten Worten fortfährt: „in *ordine* autem *succedendi* merito filia ultimi defuncti *praefertur* remotioribus ad hereditatem filiae olim renunciatae nunc *regressuris* vulgo *heredibus regredientibus.*"

2) Z. B. Georg Everhard, Professor der Rechte zu Ingolstadt, Opp., T. VI, quaest. XLII (Augsburg 1699).

3) Knipschildt, a. a. O., Kap. 8, Nr. 284, S. 364.

hibitio. Et paria sunt *non* esse causam et *eam esse finitam* per L. 1 ff. de condit. sine causa etc. et *qua ab initio valent*, si per eum perveniunt casum *a quo incipere nequeunt, vitiantur*. (Hier vgl. man nun das oben § 7 S. 426 bis 443, über diese Pandektenregel Erörterte.)

Untersucht man nun, was in diesen Sätzen gegeben ist, so ist es nichts anderes als der Satz: daß, wenn durch faktische Veränderung die fideikommissarische Sukzessionsordnung aufgehoben wird, das Intestaterbrecht der Familie des Stifters wieder auflebt und das Gut also nach Maßgabe des gemeinen Intestatrechtes unter den gegenwärtigen gleichnahen Familiengliedern des Stifters aus der nach der Primogeniturordnung zuletzt im Fideikommißbesitz gewesenen Linie zur freien Vererbung, respektive Teilung kommt.

Wenn dies aber schon bisher stets unter der Jurisprudenz des Reiches im Falle der faktischen Beseitigung der fideikommissarischen Sukzessionsordnung der Fall war, so wird dies mindestens und um so viel mehr bei der, wie wir überall nachgewiesen haben (s. § 10), nur noch weit stärker wirkenden rechtlichen Beseitigung dieser Sukzessionsordnungen eintreten müssen, und nur der gänzliche Mangel an systematischer Auffassung war schuld, daß dies solange übersehen werden konnte. Wie aber — im Falle der faktischen Beseitigung — die fideikommissarische Sukzessionsordnung erst dadurch und daher auch erst in dem Augenblick untergeht, wo der letzte das Fideikommiß besitzende Agnat stirbt, der also, solange er lebt, immer noch auf Grund der noch existenten Sukzessionsordnung besitzt, ebenso ist im Fall der rechtlichen Prohibition der fideikommissarischen Sukzessionsordnung, durch welche also solche Willensbestimmungen als von jetzt ab un-

wirksam bestimmt werden, der derzeitige Fideikommiß-besitzer *qua* solcher im Momente dieses Gesetzes gestorben, und sukzediert darum nun sich selbst, zugleich mit seinen Brüdern und Schwestern als den gleich nahen Verwandten des Stifters in derselben Linie, und ohne Vorzug vor diesen als Intestaterbe in das frei gewordene Gut.

Noch einfacher und unbestreitbarer gilt dasselbe, was wir für die Aufhebung der Fideikommisse entwickelt haben, für diejenige der Lehne. Hier kann nämlich deshalb auch nicht einmal eine Bestreitung versucht werden, weil ja der einzige Vorwand einer solchen, die falsche Thesis, daß die Güter das beschränkte Eigentum des Besitzers seien, in bezug auf die Lehne noch von niemanden aufgestellt worden ist, und natürlich hier auch nicht aufgestellt werden konnte. Denn da bei den Lehnen das Obereigentum anerkanntermaßen beim Lehnsherrn ruht, so blieb für den Belehnten von selbst nur ein Nutzungseigentum übrig, was hier niemals in Abrede gestellt wurde. Nur muß man sich hüten, etwa so argumentieren zu wollen: wenn ein Gesetz wie z. B. das preußische vom 2. März 1850 das Obereigentum des Lehnsherrn aufhebt, so vereinigt sich dasselbe von selbst mit dem Nutzungseigentum, und es geht also wie nach dem römischen Satze, daß der Nießbrauch, wenn er mit dem Eigentum einmal vereinigt wird, ipso jure untergeht, von selbst das Nutzungseigentum in volles Eigentum über. Der Satz ist allerdings ganz richtig; nur muß er auch richtig angewendet werden. Das Nutzungseigentum wird allerdings durch die Aufhebung des lehnsherrlichen Obereigentumes zum vollen Eigentum, aber natürlich nur zum vollen Eigentum dessen, bei dem sich bis dahin auch das Nutzungseigentum befand. Nun ist aber

niemals bestritten worden, daß das Nutzungseigentum an den Lehnen nicht bei dem aktuellen vasallischen Besitzer, sondern wiederum bei der ganzen Familie desselben beruht. Und es konnte dies natürlich auch gar nicht bestritten werden, da bei der Umwandlung, die im 11. Jahrhundert in den Lehnsverhältnissen eintrat, im longobardischen Lehnrecht durch das Gesetz selbst, im deutschen Lehnrecht aber durch die Mitbelehnung, das Nutzungseigentum auf die ganze Familie, Deszendenz wie Agnaten, übertragen, diesen daher das Revokations- und Lehnsretraktrecht bei Veräußerungen des Vasallen eingeräumt wurde[1]) usw.

Es wird daher hier sogar von denen, welche die Fideikommisse als ein beschränktes Eigentum des Besitzers behaupten, dieses bei der ganzen Familie beruhende Nutzungseigentum an den Lehen unbedenklich zugegeben, z. B. Dieck am oben a. O.[2]): „In der mitgeteilten Stelle des schwäbischen Lehnrechtes heißt es ausdrücklich, die deutschen Mitbelehnten, oder, was für uns dasselbe sagt, die deutschen Samteigentümer hätten gleiche Gewehr an dem gemeinschaftlichen Gute; keiner dürfe für sich allein über die Sache verfügen ohne der anderen Zustimmung.“ „Wie aus diesem Text hervorgeht, bezieht sich das, was oben im betreff der Verfügung über die Substanz der Sache gesagt worden, auch auf die Nutzungen derselben. Selbst diese sind gemeinschaftlich, und keiner kann über

[1]) Siehe II, F. 26, § 13; II, 37, 50; II, F. 39; II, F. 83. Eichhorn, Deutsche Geschichte, T. II, § 259, Not. C; Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 359; Zachariä, Handbuch des sächsischen Lehnsrechtes, §§ 161, 662.

[2]) Art. Dominium, S. 494.

die gemeinschaftliche Sache auch in dieser Beziehung ohne die Einwilligung der übrigen eine einseitige Verordnung erlassen. Nur wenn eine sogenannte Mutschierung oder Örterung, die aber wiederum allseitige Übereinstimmung erfordert, stattgefunden hat, kann jeder über den ihm zugefallenen körperlichen Teil für die Zeit der Mutschierung in bezug auf den Fruchtgenuß selbständige Einrichtungen treffen, ungeachtet der in diesem Falle fortbestehenden Gemeinschaft."

Da also das Nutzungseigentum bei den Lehen bei der ganzen Familie beruht, so wird durch die rechtliche Unterdrückung des lehnsherrlichen Obereigentumes jenes Nutzungseigentum allerdings ipso jure zum vollen Eigentum, aber in den Händen dessen, welcher das wahre Rechtssubjekt dieses Nutzungseigentumes ist, d. i. der ganzen Familie des ersten Erwerbers; und wenn nun die Primogeniturordnung, innerhalb welcher die Glieder derselben infolge der Mitbelehnung oder des Lehnrechtes selbst in die Ausübung ihres gemeinsamen Nutzungsrechtes einrücken sollten, aufgehoben wird, so kann dies wiederum nur dadurch geschehen, daß dies jetzt zum vollen Eigentumsrecht gewordene, aber durch diese aufzuhebende Sukzessionsordnung noch gebundene Eigentumsrecht der dem ersten Erwerber gleich nahen lebenden Glieder derselben Linie, statt widerrechtlich unterdrückt zu werden, zur Erfüllung und indidualisierten Ausführung gelangt. Oder der Lehnsvasall ist *qua* solcher als in diesem Augenblick gestorben zu betrachten und als ein solcher anzusehen, der nun nach gemeinem Intestatrecht und darum mit den ihm gleichnahen Geschwistern in das durch die Unterdrückung des Obereigentumes zum vollen Eigentum gewordene freie Erbe sukze-

diert, während die entfernteren Agnaten ihre Exklusion nicht für eine Rechtsverletzung oder Rückwirkung ausgeben können, da sie von dem Anteil nicht, wie die Geschwister des vasallischen Besitzers, bloß durch die abolierte Sukzessionsordnung, sondern durch das primo loco bei diesen ruhende Erbrecht derselben überwunden und ausgeschlossen werden.

III. Obligationen aus Delikten. Aquilische culpa und culpa bei Verträgen. Die römische Obligationeneinteilung.

In bezug auf die Obligationen aus Delikten galt bisher ganz unbestritten die Ansicht, daß sie in allen Fällen zu beurteilen seien nach dem zur Zeit des begangenen Deliktes geltenden Gesetz. Aber welches wäre der Wert eines wissenschaftlichen Beweises, durchgeführt durch das gesamte System der Rechte und Schritt für Schritt belegt mit der Empirie aller Zeiten, wenn er nicht die Kraft haben sollte, noch so allgemein geteilte Vorurteile zu beseitigen?

Die Reihe der hier entscheidenden Betrachtungen ist folgende: Der Erwerb eines Schadenersatzanspruches auf Grund eines Deliktes ist ein Erwerb, der lediglich aus dem Gesetz als solchem fließt. Es würde heißen die Fiktion bis zum Unsinn treiben, wenn man sagen wollte: wenn mir jemand den Arm zerbricht, will er mir dadurch diesen und diesen Entschädigungsanspruch stipulieren. Sein Wille ist vielmehr bloß der, mich zu beschädigen, nicht der, mir etwas zuzuwenden. Die Entschädigung ist eine lediglich durch das Gesetz dieser Handlung auferlegte Folge. Aber selbst trotz einer solchen Fiktion würde der Entschädigungsanspruch des Berechtigten niemals ein erworbener sein, da er die bloße Folge eines seinerseits durch keinen, auch nicht la-

tenten Willen vermittelten Leidens, und also nur ein dem Gesetz als solchem entfließender, legaler ist. Da sich aber der Beschädiger mit dem Platzgreifen dieses Gesetzes allerdings durch eine freie Willenshandlung vermittelt, die er je nach den ihr vom Gesetze gegebenen Folgen auch hätte unterlassen können, so folgt hieraus, daß dem Beschädiger niemals ein Schadenersatz auferlegt werden kann aus einer Handlung, die nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung zu keinem solchen Anspruch berechtigte, und ebenso, daß niemals ein größerer Schadenersatzanspruch gegen ihn erhoben werden kann, als derjenige, welcher nach dem damaligen Gesetze möglich war.

Nicht anders als wie bei den dolosen, verhält es sich mit den kulposen Delikten und der aus ihnen entspringenden zivilen Schadenersatzpflichtigkeit. Denn die Anschauung ist hier nicht die, daß für ein Nichtgewolltes als solches die gesetzliche Schadenersatzpflichtigkeit eintritt, sondern daß es[1]) wiederum willkürliche Selbstbestimmung ist, in Sachen nicht zu wollen, in welchen der normale Wille wollen kann und soll[2]).

---

[1]) Vgl. oben „Lehre vom Irrtum" usw.

[2]) Darum entspringt im römischen Recht für furiosi, dementes und infantes, d. h. für solche, die eines vernünftigen Willens überhaupt nicht fähig sind, auch aus unerlaubten Handlungen keine obligatio, s. L. 5, § 2, D. ad leg. Aquil. (9, 2); Inst., § 18, de oblig. (4, 1), und Vangerow, Pandekten, III, 39 fg. Auch im französischen Recht wird das ganz konsequent festgehalten, und die Schadenersatzpflicht trifft daher nur diejenigen, welche mit ihrer Überwachung betraut waren; s. Pothier, Obligat., Nr. 128; Delvincourt, III, 682; Favard v⁰ Délit et quasi-délit. Nr. 1; Revue de législ., 1846, I, 309. — Ebenso verfügt das Allgemeine Landrecht ausdrücklich, T. I, Tit. 6, § 39: „Ein durch unwillkürliche Handlungen verursachter

Die aus Delikten und Quasidelikten entspringende Obligation ist also seitens des Verpflichteten immer eine Folge einer Willenshandlung desselben (wenn auch, wie ebenso festgehalten werden muß, keine gewollte, sondern nur eine gesetzliche Folge derselben), und kann deshalb die Lage des Handelnden durch kein späteres Gesetz zu seinem Nachteil abgeändert werden (§§ 1 u. 12).

Völlig verschieden ist dagegen die Lage des Berechtigten.

Passiv der Beschädigung gegenüber, ist sein Anspruch kein Produkt seiner individuellen Willenshandlung, und es kann auch das Erleiden der Beschädigung nicht als eine stillschweigende Akzeptation eines Entschädigungsanspruches dargestellt werden, da ebensowenig, wie seitens des Beschädigers ein stillschweigender Wille zum Ersatz, seitens des Beschädigten eine Einwilligung in die ihm zugefügte Beschädigung und somit keine Akzeptation vorliegt.

Der Anspruch des Beschädigten bildet somit ein nur legales Recht, das erst durch die Klageanstellung vom Individuum ergriffen und zu einem erworbenen gemacht wird.

Hieraus würde also zunächst gefolgert werden müssen, daß nach einmal angestellter Schadenersatzklage der Anspruch des Berechtigten durch ein neues, die Obligation aufhebendes oder verminderndes Gesetz nicht mehr berührt wird. — Allein aus einem zweiten Grunde wäre auch dies irrig.

Schade kann dem Handelnden nicht zugerechnet werden," und in §§ 41 u. 42 das., daß bei einem durch Wahn- und Blödsinnige und Kinder veranlaßten Schaden der Ersatz mindestens principaliter in dem Vermögen der Aufseher und Eltern gesucht werden muß.

Jedes Gesetz, welche eine aus einem Delikt oder Quasidelikt entspringende Obligation aufhebt, verhält sich nämlich stets zu dem Dasein derselben, d. h. dagegen, daß das Individuum gegen seinen Willen zu dem Schadenersatz solle gezwungen werden können, notwendig prohibitiv, und es treten daher folgeweise die in § 8 entwickelten begrifflichen Gesetze ein.

Wir haben oben (S. 518) bei Betrachtung des Strafrechtes gesehen, daß bei der Aufhebung von Verbotsgesetzen der geistige Gegensatz ein so absoluter sein kann, daß die früher ein Delikt konstituierende Handlung jetzt als eine unbedingt rechtliche und selbst pflichtmäßige angeschaut wird. Betrachten wir z. B. den dort angeführten Fall, daß bei einem Widerstand gegen ungesetzliche Verhaftung ein Beamter verwundet oder getötet wird, so wird, wo die Vorschrift besteht, daß auch ungesetzlichen Anordnungen obrigkeitlicher Personen vorläufig Folge geleistet werden muß, eine Schadenersatzaktion der Beamten oder seiner Familie begründet sein. Wenn aber, gleichviel ob vor oder während der Klage, die Gesetzgebung den Grundsatz in sich aufnimmt, wie z. B. der oben zitierte Artikel der Verfassung von 1793, daß jeder erforderliche Widerstand gegen obrigkeitliche Verübung ungesetzlicher Gewalt das unbedingteste Recht und selbst eine Pflicht des Bürgers sei, so wird natürlich ein Schadenersatz aus dieser Handlung, welche zur Zeit des Urteils durch das öffentliche Rechtsbewußtsein als eine verdienstliche anerkannt wird, nicht mehr zugesprochen werden können. Und als eine sinnfällige argumentatio ad hominem für die Unrichtigkeit des Satzes, daß es bei der Obligation aus Delikten stets auf das Gesetz zur Zeit der Handlung ankommen müsse, kann dies Beispiel allerdings dienen.

Allein nicht in der Besonderheit dieses schneidenden Überganges von schlecht zu gut, von Delikt zur Pflicht, liegt der prohibitive Charakter des neuen Gesetzes. Dieser ist vielmehr stets vorhanden, wo durch ein neues Gesetz nicht nur die auf eine deliktartige Handlung gesetzte Strafe, sondern auch der aus ihr hervorgehende Zivilanspruch aufgehoben wird, wo also der Kreis der individuellen Rechtsbefugnis dahin erweitert worden ist, daß eine früher unerlaubte Handlung jetzt als innerhalb desselben fallend angesehen wird. Denn es ist dann zur Zeit des Urteiles kein Delikt mehr vorhanden, aus dessen Dasein heraus allein die Verurteilung erfolgen kann [1]). Es treffen dann die Ausführungen der §§ 7 und 8 ein, daß nach dem neuen Gesetze aus diesem Rechtsgrund schlechterdings nichts mehr erworben werden kann und also ein Prohibitivgesetz [2]) erster Klasse (S. 383 fg.) vorliegt, von dessen Eintreten auch alle be-

---

[1]) Selbstredend wendet sich das Obige ebenso sehr auf die eigentlichen Delikte, wie auf die deliktartigen Handlungen (Quasidelikte) an, und greift ferner ebenso sehr wie bei der durch das neue Gesetz bewirkten qualitativen Aufhebung des Schadenanspruches, auch bei seiner quantitativen Verminderung platz, wenn z. B. statt quanti interest nur noch damnum emergens ersetzt werden soll, oder auch statt des mittelbaren Schadens nur noch unmittelbarer usw. Diese quantitativen Bestimmungen des Schadenersatzes stellen sich von selbst als qualitative Aufhebungen der bestimmten Ersatzpflichtigkeit gewisser Handlungen dar.

[2]) Wenn wir hier von Prohibitivgesetzen reden, so versteht sich wieder von selbst, daß dasselbe nicht ein ausdrückliches zu sein braucht. Die Abschaffung eines bestehenden Schadenersatzgesetzes, oder die Konsakrierung neuer Rechtsgrundsätze, durch deren Konsequenz die den Anspruch bisher begründenden aufgehoben werden, enthält von selbst notwendig und vollständig die rechtliche Negation, von der wir sprechen.

reits entstandenen Verhältnisse — solange der bestimmte juristische Erwerbungsgrund bei ihnen noch in Betracht kommt — getroffen werden.

Die hängige Klage kann daher um so weniger irgendein Bedenken erregen, als alle durch sie wie durch andere individuelle, selbst kontraktliche Willenshandlungen erworbenen Rechte, wie wir gesehen haben, immer nur bis auf die Zeit des Eintretens solcher Prohibitivgesetze erworben werden.

Allein es muß hier genau hervorgehoben werden, wie weit der prohibitive Inhalt des neuen Gesetzes sich erstreckt.

Offenbar geht aber — abgesehen von solchen Handlungen, die nicht Gegenstand eines Vertrages sein können — die Prohibition nicht dahin, daß Schadenersatz nicht stattfinden soll, sondern nur dahin, daß er, wie wir deshalb bereits hervorgehoben haben, dem Individuum nicht gegen seinen Willen, nicht als Ausfluß des bloßen Gesetzes auferlegt werden können soll. Die Prohibition, welche in der Abschaffung des Verbotsgesetzes enthalten ist, richtet sich also nur gegen das Dasein der Obligation *ex lege*, nicht gegen ihr Dasein *ex contractu*.

Die hängige Schadenklage würde also durch ein neues, den deliktischen Charakter der Handlung aufhebendes Gesetz nicht beseitigt werden, wenn die Schadenaktion nicht bloß durch das Gesetz, sondern auch noch durch eine freiwillige Verpflichtung des beschädigenden Individuums begründet wäre. Denn gegen letztere richtet sich die in dem neuen Gesetz (oder in der Aufhebung des früheren Gesetzes) liegende Prohibition gar nicht; auch das durch die Klageanstellung erworbene Recht würde also bestehen bleiben.

In der Tat aber wäre das erworbene Recht gar nicht

erst durch die Klageanstellung, sondern schon vorher durch jede stillschweigende oder ausdrückliche Akzeptation jener freiwilligen Verpflichtung gegeben. Mit anderen Worten: Wir haben hier den Grund entwickelt, warum es für die als Verletzung eines Vertragsverhältnisses erscheinende Kulpa und die darauf gestützte Schadenklage immer nur auf das Gesetz zur Zeit des Kontraktes, und nur für die selbständige (aquilische) culpa auf das spätere Gesetz zur Zeit der Klage, respektive des Urteiles ankommen kann.

Denn durch die Eingehung eines Vertragsverhältnisses ist die Frage, welche diligentia die Parteien einander zu leisten haben, und für welche Handlungen oder Unterlassungen sie einander schadenersatzpflichtig sein sollen, als durch stillschweigende Willensverfügung festgestellt zu betrachten, ebensosehr, als wären die hierüber zur Zeit bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen[1]).

Diese Unterscheidung zwischen der selbständigen und der in Vertragsverhältnissen unterlaufenden culpa rechtfertigt sich durch unsere gesamte Theorie sowie durch die Unmöglichkeit, zu unterstellen, daß die Parteien bei Eingehung des Vertrages ohne Willen über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten in dem eingegangenen Verhältnis gewesen sein sollten. Sie beweist sich endlich auch dadurch, daß nach römischem und preußischem Recht, bei einem in einem Vertragsverhältnis eingetretenen Versehen, wenn es auch derart ist, daß, selbst abgesehen vom Vertrage,

---

[1]) Das Allgemeine Landrecht behandelt daher mit Recht wegen dieses konstitutiven Unterschiedes die aquilische culpa und die als Verletzung von Vertragspflichten erscheinende culpa an zwei getrennten Orten, letztere in Teil I, Tit. 5. §§ 277 bis 291, erstere in Teil I, Tit. 6.

ein Rechtsanspruch entstehen würde, der Berechtigte gleichwohl nicht zur aquilischen Aktion zu greifen braucht, sondern auch mit der Kontraktsklage die Ausgleichung verfolgen kann[1]), worin also die durch das Vertragsverhältnis bewirkte Umkehrung der gesetzlichen Bestimmungen in Willensbestimmungen deutlich hervortritt.

Durch unsere Beweisführung selbst ist aber zugleich schon gegeben, daß, wie auch bereits oben bemerkt, das zuletzt Gesagte nur von solchen Handlungen gilt, über welche die Privatwillkür paziszieren kann, da nur bei diesen die stillschweigende oder selbst ausdrückliche Willensbestimmung der Parteien darüber, ob und daß sie schadenpflichtig sein sollen, in Betracht kommen kann[2]). Ist also nach dem neuen Gesetze die Handlung einerseits nicht schadenpflichtig, andererseits zugleich eine solche, die nicht Gegenstand eines Vertrages sein kann, so fällt der Anspruch notwendig fort, auch wenn die den Schaden veranlassende Handlung oder Unterlassung in einem Vertragsverhältnisse eingetreten ist.

In dem Vorstehenden ist die Frage nach ihren allgemeinen Grundlinien erschöpft, ob und wenn dolose und kulpose Delikte in bezug auf die aus ihnen entspringende Obligation nach den Gesetzen zur Zeit der Handlung oder nach denen zur Zeit der Klage und respektive des Judikates zu beurteilen sind. Wenn man die Ursachen des

---

[1]) Siehe Koch, Lehrbuch, Bd. I, § 142; Hiersemenzel, Vergleichende Übersicht des römischen und preußischen Privatrechtes, I, 133.

[2]) Vgl. z. B. Allgemeines Landrecht, Tit. 5, T. I, § 298, über die Konventionalstrafe: „Ist eine Handlung zur Strafe gesetzt, welche selbst kein Gegenstand eines Vertrages sein kann, so ist die Verabredung, insofern sie die Strafe betrifft, nichtig."

bisher allgemein üblichen Irrtumes aufsucht, daß es für die Obligationen aus Delikten immer nur auf die Gesetze zur Zeit der Handlung ankomme, so liegt diese Ursache unter anderem wohl besonders auch darin, daß im römischen Recht überall die Obligationen aus Delikten mit denen aus Kontrakten zusammengestellt werden. Aber hierbei ist dann übersehen, daß diese Zusammenstellung nicht eine Gleichstellung, sondern vielmehr eine Gegenüberstellung ist.

Die römische Einteilung der Obligationen in Obligationen ex contractu, ex quasi contractu und ex delicto hat den wahrhaften Gedanken in sich, obgleich dieser noch nicht in sich selbst durchsichtiger Form auftritt. Sie beruht gerade auf dem Gedankengegensatz der Verpflichtung durch die eigene Willensbestimmung und der Verpflichtung durch das Gesetz, eine Einteilung, bei welcher dann die aus dem vorausgesetzten Willen der Person entspringenden Obligationen — die Obligationen quasi ex contractu s. oben § 2, C. — mit Recht als eine Erweiterung zu den Obligationen ex contractu hinzutreten. Weil der Gedanke dieser Einteilung noch nicht sich selbst durchsichtig geworden ist, tritt er noch in großer Äußerlichkeit auf. Es gibt für sich nicht leicht etwas Äußerlicheres und Unbeholfeneres als das in den römischen Rechtsquellen überall auftretende Argument, weil eine Obligation nicht ex contractu noch ex delicto entspringe, so müsse sie quasi ex contractu entspringen, oder weil sie nicht ex contractu sei, so müsse sie quasi ex delicto sein[1]). Allein es wird dabei stets das Richtige

[1]) Z. B. Inst. pr. de obligat. (3, 27): „Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, *quia non ex maleficio* substantiam capiunt, *quasi ex*

getroffen, weil es der von uns entwickelte Gedanke ist, welcher das zugrunde liegende und in der praktischen Anwendung immer festgehaltene[1]) Prinzip der Einteilung bildet. Näher betrachtet, liegt endlich in diesem stets wiederkehrenden Argument, daß, wenn eine obligatio nicht ex maleficio sei, sie ex contractu sein müsse und umgekehrt, gerade das Bewußtsein des direkten Gegensatzes, in welchem beide Arten von Obligationen zueinander stehen, und eben dieser Gegensatz ist es gerade, welcher, wie entwickelt worden, bei den Deliktobligationen als solchen, die nur aus dem Gesetze herfließen, für den Gesetzwechsel die entgegengesetzte Behandlung von Kontraktsobligationen notwendig zur Folge haben muß. Auch sind die römischen Rechtsquellen selbst weit entfernt davon, den von uns gerügten Irrtum zu teilen. Als Beweis kann der Ausspruch Ulpians dienen[2]), daß, wenn der tödlich verwundete Sklave freigelassen und zum Erben erklärt worden und dann gestorben ist, die aqui-

---

contractu nasci videntur"; und das. §§ 3, 5, oder Inst. pr. de oblig. quae quasi etc. (4, 5): „Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed *quia neque ex contractu* obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur *quasi ex maleficio teneri.*"

[1]) So wird z. B. mit Recht und großer Konsequenz die Verpflichtung des Erben gegen den Legatar als eine obligatio quasi ex contractu aufgefaßt (vgl. hierüber beim Erbrecht), aber dies wieder nicht aus der inneren Natur der Sache entwickelt, sondern — quia *ex maleficio non est obligatus* (!!) heres, quasi ex contractu debere intelligitur. Inst. § 5, h. t. (3, 27).

[2]) L. 15 ad Leg. Aquil. (9, 2): Sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse.

lische Aktion von seinem Erben nicht erhoben werden könne. „Quia," fügt die L. 16 daselbst aus Marcian hinzu, „in eum casum res pervenit *a quo incipere non potest*[1])." Käme es bei der Deliktsobligation, wie bei den kontraktlichen, auf das Gesetz zur Zeit der Handlung an, so müßte der von dem Herrn erworbene und von ihm auf den Sklaven und den Erben desselben vererbte aquilische Anspruch nach wie vor einklagbar sein. Allein durch die eingetretene faktische Veränderung der Freilassung liegt zur Zeit der Klage der Fall der aquilischen Schadenpflichtigkeit — die Tötung eines Sklaven — gegenwärtig gar nicht mehr vor, und deshalb kann die Aktion nicht erhoben werden. Der Anspruch ist durch das Faktum der Freilassung untergegangen.

Daß aber die rechtliche Aufhebung der Schadenpflichtigkeit jedenfalls noch stärkere Folgen haben muß, als die faktische, folgt aus unseren früheren Untersuchungen von selbst (§ 10).

---

[1]) Siehe oben S. 426 fg.

IV. Uneheliche Kinder.

Eine äußerst lebhafte Kontroverse ist durch den Artikel 340 des Code civil veranlaßt worden, welcher verfügt: „La recherche de la paternité est interdite." Merlin meint geradezu, daß derselbe auf die vor dem Code civil geborenen unehelichen Kinder gar nicht anwendbar sei[1]). Aber Merlin steht unter den Franzosen mit dieser Ansicht fast ganz allein. Meyer[2]) ist der Ansicht, daß jede noch nicht angestellte Klage durch diesen Gesetzartikel verhindert werden müsse, und in demselben Sinne hat der Kassationshof von Paris durch Urteil vom 6. Februar 1833 entschieden[3]). Struve[4]) gibt zu, daß der Artikel seinem Wortlaut nach auch auf die bereits geborenen unehelichen Kinder bezogen werden müsse, greift ihn aber eben deshalb als einen rückwirkenden mit Heftigkeit an. Bergmann[5]) gibt zu, daß dies Verbot der Pater-

---

[1]) Rép. de Jurisp. v⁰ Effet rétr., Sect. III, § 2, Art. 7, T. 5, S. 550 fg. Der Ansicht Merlins pflichtete bei der Einführung des Code Napoléon in Baden das großherzoglich badische Publikationspatent bei, indem es in § 7 die Anwendbarkeit des Kapitals über die unehelichen Kinder ausdrücklich auf die noch nicht Geborenen beschränkte.

[2]) Principes sur les questions transitoires, p. 206 sqq.

[3]) Sirey, Recueil 33, I, 220.

[4]) Über das positive Rechtsgesetz usw., S. 233.

[5]) A. a. O., S. 289.

nitätsklagen auf jeden nach dem Tage des Verbotes beginnenden, dagegen aber auf keinen bereits begonnenen Prozeß anzuwenden sei, eine Einschränkung, welche auch die Ansicht Webers bildet[1]).

Savigny[2]) ist der Ansicht, daß man dies Gesetz mit Unrecht angegriffen, als ob es eine ungehörige Rückwirkung enthielte, und ebenso mit Unrecht verteidigt, als ob es den persönlichen Zustand an sich zum Gegenstand habe. Das Gesetz, obwohl es selbst die Untersuchung der Paternität verbiete und also selbst die Möglichkeit abschneide, einem unehelichen Kinde mit Ausnahme der freiwilligen Anerkennung Ansprüche gegen den Erzeuger zu verschaffen, rechtfertige sich dadurch, daß es ein mit sittlichen Zwecken in Zusammenhang stehendes Gesetz sei und als solches „augenblicklich zur Anwendung kommen müsse, ohne Rücksicht auf das Gesetz, welches zur Zeit der Erzeugung oder der Geburt des Kindes bestanden hat". Savigny äußert sich nicht darüber, ob er im Unterschied von den früher zitierten Autoren dies „augenblicklich" so versteht, daß auch die schon anhängigen Paternitätsklagen der Anwendung dieses Gesetzes unterliegen müssen. Der Konsequenz nach und in Wahrheit kann dies aber gar keinem Zweifel unterworfen sein. Welche Ansicht man auch über die Anwendbarkeit des Gesetzes haben möge, zwischen der bereits angestellten und noch nicht angestellten Klage des vor dem Gesetze geborenen Kindes ist keinesfalls ein Unterschied. Seinem Wortlaut nach verbietet der Art. 340 des Code civil ebensosehr die Fortsetzung jeder bereits begonnenen und noch

---

[1]) Über die Rückanwendung usw., S. 80 fg., 138 fg. Dies ist auch die Ansicht von Lassaulx, Annalen, I, 272.

[2]) A. a. O., VIII, 527 fg.

nicht abgeschlossenen Untersuchung über die Paternität, als er die Anstellung einer neuen verbietet. Und auch in bezug auf die Rechtmäßigkeit des Gesetzes kann in beiden Fällen kein Unterschied sein. Denn der Anspruch des unter dem alten Gesetz geborenen Kindes ist durch das Faktum der Geburt bereits ebenso erworben, wie durch die eingereichte Klage. Der Irrtum der Schriftsteller, welche zwischen beiden Fällen einen Unterschied machen, liegt darin, daß sie die Sache auffassen, als handle es sich hier bloß um legale Rechte des Kindes, und nicht berücksichtigen, daß die Qualitäten der Vaterschaft und Kindschaft, weil durch das Familienrecht vermittelt — denn hierzu müssen doch die diese Qualität und die aus ihr fließenden Rechte auf Grund der natürlichen Blutsverwandtschaft auch bei unehelichen Kindern anerkennenden Gesetze immer gerechnet werden — ebenso erworbene Rechtsverhältnisse bilden (s. oben § 2, A. und S. 453—457), als wären sie durch individuelle Willenshandlung ergriffen, in welche sie sich in der Tat in letzter Instanz auflösen[1]).

Was nun die Entscheidung selbst betrifft, so würde dieselbe, wenn die Schwierigkeit nur diejenige wäre, mit welcher sich Savigny und seine Vorgänger beschäftigten, ohne weiteres aus dem § 7 ergeben.

Wir haben es hier mit einem Prohibitivgesetz der ersten Klasse (s. S. 381 fg.) zu tun, und folglich werden durch dasselbe von dem Erscheinen dieses Gesetzes ab die Rechte auch aller bereits geborenen unehelichen Kinder sofort aufgehoben. Von Rückwirkung wegen des familienrechtlichen Erworbenseins dieser Rechte kann auf diesem Boden

---

[1]) Daher die römische Regel: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt, L. 8 de reg. juris (50, 17).

nicht mehr die Rede sein, da kontraktlich erworbene Rechte, wie wir gesehen haben, einem Gesetze dieser Gattung weichen.

Allein die wahre und eigentümliche Schwierigkeit des Art. 340 des Code civil ist sowohl von Savigny wie von seinen Vorgängern ganz unberücksichtigt gelassen worden. Diese besteht nämlich darin, daß durch dieses Gesetz nicht nur die bereits geborenen unehelichen Kinder ihre Ansprüche auf Alimente von jetzt ab verlieren, wie bei dem Wuchergesetz die Ansprüche aus früheren Kontrakten auf höhere Zinsen von jetzt ab verloren werden, sondern, indem jetzt jede Untersuchung der Vaterschaft verboten ist, gehen auch die Ansprüche der unehelichen Kinder auf die vor dem Erscheinen des Gesetzes erfallenen Alimente verloren, da sie nicht mehr eingeklagt werden können. Hier tritt also etwas ganz anderes und viel Weitergehendes als beim Wuchergesetz ein, wo, wie wir gesehen haben, die bis zum Tage des Gesetzes erfallenen höheren Zinsen auch fernerhin einklagbar bleiben und bleiben müssen.

Es fragt sich also, ob in dieser bisher ganz unbeachtet gelassenen Hinsicht[1]) eine Rückwirkung zu finden ist. — Zunächst scheint dies ganz unzweifelhaft. Denn es wird durch dies Gesetz nicht nur die Fortdauer des früheren Alimentenrechtes beseitigt, sondern es werden auch die Forderungen unklagbar, welche während der Zeit des alten Gesetzes, und also in Übereinstimmung mit der

---

[1]) Diese Hinsicht ist auch nicht identisch mit der Unterscheidung der eingeleiteten und noch nicht eingeleiteten Klage. Denn bei Erscheinen dieses Gesetzes sind die Alimentenansprüche aus der Vorzeit, wenn auch noch keine Klage eingeleitet war, darum nicht weniger verfallen.

Rechtsnorm ihrer Zeit, in Wirklichkeit getreten waren (vgl. §§ 7 und 10). Auch die Einwendung, es würde durch dies Gesetz nicht der Anspruch, sondern nur die Aktion aufgehoben, würde nichts ändern. Denn natürlich stellt es noch handgreiflicher, als der umgekehrte Fall, eine vollständige Rückwirkung dar, wenn Forderungen, die zur Zeit ihrer Entstehung mit dem Zivilzwang bekleidet waren, durch ein späteres Gesetz zur bloßen Verpflichtung des naturalen Willens (obligatio naturalis) nachträglich herabgesetzt werden (vgl. S. 230—249 und § 11).

Allein bei genauerer Betrachtung muß gesagt werden, daß der Art. 340 des Code civil weder einen Anspruch, noch eine Aktion zerstört. Alles, was er tut, ist vielmehr, daß er eine oder einige Arten von Beweis in einem bestimmten Rechtsgebiet für absolut unzulässig erklärt, und es tritt daher hier das ein, was wir S. 404 fg. entwickelt haben. Der Art. 340 löst sich in einen solchen auf, welcher verfügt: „Es soll kein anderer Beweis der Vaterschaft mehr zulässig sein, als der Beweis durch authentischen oder Geburtsakt" (durch reconnaissance, vgl. Art. 334 des Code civil). Daß der Art. 340 keinen Anspruch und keine Aktion zerstört, läßt sich dadurch klar beweisen, daß, wenn in einem beim Erscheinen dieses Gesetzes anhängigen Prozeß die Paternität durch ein Zwischenurteil bereits festgestellt wäre, dasselbe, da jetzt eine Recherchierung der Paternität nicht mehr erforderlich, der Zubilligung von Alimenten durchaus nicht im Wege stehen würde, wie denn auch der Kassationshof von Paris durch Urteil vom 13. Juli 1826 entschieden hat, daß dann keine recherche de la paternité vorläge, wenn die Richter nur erklärten, daß die Vaterschaft durch öffentliche Akte konstatiert sei.

Daß aber das Kind durch das Faktum seiner Geburt kein erworbenes Recht auf Zeugen und Schriftenbeweis hat, wenn das Gesetz diesen Beweis, nicht unter gewissen Fällen und Bedingungen, sondern für ein qualitatives Rechtsverhältnis überhaupt, für untergegangen erklärt, und daß hierin keine Rückwirkung zu sehen ist, folgt aus dem S. 404—409 Gesagten.

V. Interpretierende Gesetze; Gesetze über Simulation; rechtliche Sanktion von Sittengesetzen; Abrogation von Gesetzen als notwendige Konsequenz anderer erlassener Gesetze; Aufhebung von Gesetzen verbis aut factis. Die Konventgesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II. Die preußische Verfassung und das königliche Obertribunal.

Es ist einmütig von Autoren und Jurisprudenz anerkannt, daß interpretierende Gesetze nicht von ihrem Erlaß ab, sondern bereits vom Tage des durch sie interpretierten Gesetzes ab wirken. Diese Rückziehung interpretierender Gesetze, welche niemals Gegenstand des Zweifels gewesen ist, bedarf nicht sowohl einer neuen Rechtfertigung, als vielmehr nur einer genauen Konstatierung dessen, was in ihrer Anerkennung enthalten ist.

Wenn das interpretierende Gesetz etwas Neues und Anderes als das interpretierte Gesetz enthielte, so würde es ein neues Gesetz sein, statt eines bloß interpretierenden, und die Autoren sind ebenso einverstanden darüber, daß es in diesem Falle nicht zurückbezogen werden dürfe. Es folgt dies mit Notwendigkeit aus dem Grunde selbst, aus welchem den interpretierenden Gesetzen jene rückgreifende Eigenschaft eingeräumt wird, und der eben nur darin besteht, daß durch solche Gesetze nichts Neues

verordnet, sondern Früheres nur deklariert werde; vgl. z. B. Gayl[1]): „Constitutio quando juris antiqui *declaratoria* est, concernit etiam praeterita ... et est ratio quod is qui declarat, nihil novi dat", wie dies bereits Ulpian[2]) ausspricht[3]).

Andererseits aber, wenn das interpretierende Gesetz nichts besagte, was nicht auch vor demselben von den Tribunalen des Landes in bezug auf das zu interpretierende Gesetz einstimmig angenommen worden wäre, so würde gar kein Bedürfnis nach einem interpretierenden Gesetze vorhanden sein und es würde zu einem solchen gar nicht kommen.

Dieselben haben vielmehr Veranlassung und Entstehungsgrund in der Regel in den Kontroversen der Justiz.

Was also in dieser Anerkennung der rechtmäßigen Rückziehung interpretierender Gesetze auf die Zeit des interpretierten Gesetzes gegeben ist, ist folgendes: Auch das, was nur an sich, nicht mit ausdrücklichen Worten in einem Gesetze bereits enthalten ist, muß, wenn es zu seiner Explikation gelangt, den dem Begriffe des Rechtes inhärenten obligatorischen Anspruch auf Wirklichkeit schon vom Tage seines an sich im Rechte vorhandenen Daseins ab und nach sich ziehen.

Es erhellt, daß und warum dieses Ansich ein ganz anderes ist, als das in § 10 (S. 462—463 und Note 1, S. 466—467) betrachtete Ansich, und ebendeshalb viel weiter greifende Folgen nach sich ziehen muß. Dort handelte es sich um ein Ansich der Rechtsidee, hier um ein Ansich des Gesetzes.

---

1) Observatt. practicae, lib. II, obs. IX, No. 6.

2) L. 21, §§ 1 u. 2, qui testam. fac. poss. (28, 1).

3) Vgl. Novelle 19 u. 12. — Voet. in Dig. tit. de legib., No. 17 et al.

Die Rechtsidee enthält in ihrer Idealität auch das noch nicht zur *Wirklichkeit*, das ist zum *Recht* Gewordene, das erst im Lauf der historischen Entwickelung aus ihr *herausgesetzt* wird. Ihr *Ansich* ist das *noch nicht Gesetzte* und kann also erst von dem Moment ab, wo es gesetzt wird, Wirklichkeit erlangen und beanspruchen.

Das hier in Rede stehende *Ansich* aber ist, als Ansich des *Gesetzes*, auch bereits ein *gesetztes*, und muß daher, als ein bereits gesetztes Moment der Rechtsidee, Wirklichkeit fordern; als an sich im Gesetz selbst enthalten, ist es bereits zur *objektiven Rechtswirklichkeit* (objektiv gesetzt) geworden, und seine Explikation hat nicht die Bedeutung einer *objektiven Entfaltung* — Heraussetzen eines früher noch nicht vorhanden Gewesenen —, sondern nur die, für das *subjektive Bewußtsein* zu deklarieren, was schon früher objektiv vorhanden war.

Es ist nur derselbe Gedanke, welcher sich in dem römischen Rechtssatze ausspricht: Eadem vis inest tacitis atque expressis.

Nur auf demselben Gedanken beruht auch die von Kaiser Theodosius II. erlassene L. 5[1]), durch welche bestimmt wird, daß aus jedem Verbotsgesetz die Nichtigkeit der darin verbotenen Handlung von selbst folgen soll, gleichviel ob diese Nichtigkeit vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben worden oder nicht[2]).

---

[1]) L. 5 C. de legibus (1, 14).

[2]) Es wäre auch sehr irrig zu glauben, daß dies eine eigentümliche Vorschrift des römischen Rechtes sei, und ihr der den modernen Juristen sehr geläufige entgegengesetzte Grundsatz, daß keine Nichtigkeit angenommen werden dürfe, wenn sie nicht vom Gesetz ausdrücklich verhängt sei, entgegenstehe. Dieser

Und endlich beruht auf demselben Gedanken die Folge, daß, wenn ein Gesetz bestimmte Handlungen verbietet, auch die durch dasselbe nicht verbotenen Handlungen, welche aber nur zur Umgehung jenes Gesetzes — also um die im Gesetz wörtlich verbotenen Handlungen zu verstecken — vorgenommen werden, nichtig sein müssen. Es ergibt sich hieraus, daß, wenn durch ein zweites Gesetz eine gewisse Gattung von Handlungen deshalb verboten wird, weil sie eine gegen das Verbot des ersten Gesetzes gerichtete Simulation darstellen, die Wirkungen dieses zweiten Gesetzes auf die Zeit des ersten Gesetzes zurückbezogen werden, und also auch jene zwischen beiden Gesetzen vorgenommenen und jetzt für Simulationen erklärten Handlungen ungültig sein müssen.

Ein sehr klarer Fall dieser Art liegt in zwei Gesetzen des Anastasius und des Justinian vor. Anastasius hatte[1]), um einem damals sehr verbreiteten Prozeßwucher zu steuern, verboten, Forderungen unter dem Nominalwert wegen Unsicherheit derselben zu zedieren. Der Verkäufer sollte, trotz der Zession, bis ihm der volle Nominalwert ausgezahlt sei, die Aktionen exerzieren können. Aus-

---

letztere Grundsatz ist gleichfalls richtig, aber nur bei Verbotsgesetzen, die gegen die Form von Handlungen gerichtet sind, während der Grundsatz des Theodosius nur gilt für materielle Prohibitionen. Beide Grundsätze stehen sich also nur scheinbar entgegen. — Der begriffliche Unterschied von formellen und materiellen Prohibitionen ist in den §§ 7 und 10 so ausführlich entwickelt worden, daß bei einer näheren Überdenkung des daselbst hierüber Gesagten die Notwendigkeit auch dieser hier konstatierten Folge desselben nur dieser Andeutung bedarf, um sich sofort von selbst zu ergeben. Es mag also hinreichen, zu bemerken, daß sich hierdurch der Irrtu Savignys (System, I, 239) beseitigt.

[1]) L. 22 C. mandati (4, 35).

genommen von diesem Verbot wurden nur einige bestimmte Arten von Zessionen: die Zessionen unter Miterben, die zur Deckung einer Schuld gemachten Zessionen usw., besonders aber die schenkungsweise geschehenden Zessionen. „Sin autem *per donationem*“, sagt Anastasius, „cessio facta est, sciant omnes, hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda etc.“

Aber nun umging man das Gesetz, indem man nur einen Teil der Forderung verschenkte, den anderen Teil zu seinem Nominalwert verkaufte.

Gegen diese Umgehung des Gesetzes erhebt sich nun Justinian[1]). Da diejenigen, sagt er, welche aus Prozessen ihr Gewerbe machen (qui circa lites morantur), nicht geduldet hätten, daß jene wohltätige Verordnung des Anastasius ungefälscht bleibe (in sua natura remanere minime concesserunt), sondern die Machination erfunden hätten, einen Teil der Schuld auf Verkaufstitel, den anderen Teil aber per coloratam donationem zu zedieren, so wolle er nun der Konstitution des Anastasius zu Hilfe kommen und verordne deshalb, daß es niemand gestattet sein solle, einen Teil einer Schuld zu verkaufen und den anderen zu verschenken. Vielmehr solle der Schuldner dann nur den verkauften Teil zu entrichten brauchen, von dem Rest der Forderung aber befreit sein. Und wenn einer das ganze zu schenken simuliere, für diese Schenkung aber heimlich Geld nehme, so solle der Schuldner nur dies wirklich gezahlte Geld zu entrichten brauchen, des Restes aber ledig sein.

Hierbei erklärt nun Justinian ausdrücklich: streng gerecht wäre es zwar, dieses Remedium für die Schuldner auf die Zeit jener lex Anastasiana zurückgreifen zu lassen,

---

[1]) L. 23 eod. tit.

welche so schlau umgangen worden sei. Aber damit er bei der großen Milde seiner Regierungsepoche nicht etwas Herberes zuzulassen scheine, wolle er die Wirksamkeit des Gesetzes auf die künftigen Fälle beschränken. „Et *justum quidem fuerat,* hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri, ex quibus etiam lex data, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. Sed ne videamur in tanta temporum nostrorum benevolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus etc."

Gerade weil Justinian nicht einmal einen praktischen Gebrauch von dem macht, was er hier für recht erklärt, läßt sich um so weniger in Abrede stellen, daß er hier nicht unter dem Einfluß willkürlicher Impulse steht, sondern in dem justum quidem fuerat nur sein theoretisches Rechtsgefühl ausspricht. Ja sogar Struve, derjenige Autor, welcher in allem und jedem eine Rückwirkung zu finden pflegt, erklärt hier[1]: „und auch ich glaube, daß dieses (nämlich das Rückgreifen der in dem justinianischen Gesetz ausgesprochenen Nachteile auf alle seit der lex Anastasiana zum Schein vorgenommenen Schenkungen dieser Art) die juristisch richtige Ansicht ist", ein Zugeständnis, dessen notwendige Einschränkung sich uns sofort ergeben wird.

Fragen wir aber zunächst, welches die wahrhafte theoretische Begründung sowohl für das in dieser justinianischen Verordnung über die Simulationen Gesagte, als für die oben erwähnte L. 5 C. de legibus (1, 14) des Theodosius ist, so ist dieselbe offenbar in § 7 zu finden. Sie liegt nämlich in dem, was daselbst (s. bes. S. 306 fg. und S. 443, Anm. 1) über das Verhältnis des individuellen

---

[1]) Das positive Rechtsgesetz usw., S. 58.

Willens zur Rechtssubstanz entwickelt worden ist. Da ein prohibitives Gesetz vorliegt, so verhält sich das allgemeine Rechtsbewußtsein negativ und ausschließend gegen den tatsächlichen Inhalt gewisser Handlungen. Derselbe kann also gar nicht in die Rechtssphäre übergehen, gar nicht zur rechtlichen Wirklichkeit und Gültigkeit gelangen, gleichviel in welche Form dieser tatsächliche Inhalt sich hülle. Wird nun durch ein späteres Gesetz eine Reihe bisher formell nicht verbotener Handlungen als eine gegen jenes Prohibitivgesetz gerichtete Simulation erklärt, so hat dies zweite Gesetz von selbst die Natur eines deklarierenden oder interpretativen Gesetzes. Es steht jetzt fest, es ist nur zum Vorschein gekommen, daß die bestimmte bereits vorgenommene Handlung nicht erst jetzt, sondern bereits zur Zeit des prohibitiven Gesetzes in einem negativen Verhältnis zum allgemeinen Rechtsbewußtsein gestanden hat und hierdurch vom rechtlichen Dasein ausgeschlossen, also von Haus aus unwirksam war. Die angezogene lex Theodosiana läßt dies schon in ihren Eingangsworten deutlich genug heraustreten: „Non dubium est in legem committere *eum,* qui *verba* legis *amplexis, contra legis nititur voluntatem.*"

Allein gerade aus dieser begrifflichen Rechtfertigung ergibt sich zugleich auch die Grenze, welche für das Eingreifen solcher Gesetze über Simulationen gesteckt ist, und es zeigt sich dabei, daß Justinian in der Tat die Wirksamkeit der L. 23 nicht auf die Zeit der L. 22 zurückgreifen lassen durfte. Denn was aus jenem — jetzt deklarierten — negativen Verhältnis des allgemeinen Rechtsbewußtseins zu der individuellen Handlung wahrhaft folgt, ist, der Rechtsidee nach, immer nur die Nichtigkeit dieser individuellen Handlung, im vorliegenden Falle also der schenkungsweisen Zession. Es hat sich jetzt ergeben, daß

dieselbe schon von Haus aus, bei ihrer Vornahme, durch den allgemeinen Willen ausgeschlossen war. So ist sie denn allerdings von Haus aus nichtig und, nach dem Begriff des Rechtes selbst, nie zum rechtlichen Dasein gelangt, welches nur in der Konformität mit dem allgemeinen Willen besteht. Sie ist also wie nie vorgenommen. Aber ein weiteres, größere positive Nachteile folgen nun aus dem Begriff des Rechtes keineswegs. Da die Zession wie nicht vorgenommen ist, so folgt daraus nur, daß die Forderung noch weiter, und trotz der Zession, bei dem ursprünglichen Gläubiger ruht und diesem die Aktion zusteht, wie dies Anastasius in der Tat durch die L. 22 angeordnet hatte.

Wäre Justinian hierin nicht weiter gegangen, und hätte er bloß angeordnet, daß auch jene simulierten Schenkungen von Forderungen als bloße Machinationen zur Umgehung der lex Anastasiana wirkungslos sein sollten, so unterliegt es also keinem Zweifel, daß er diese Verordnung auf die Zeit jenes Gesetzes hätte zurückgreifen lassen müssen. Aber Justinian ging weiter. Nach ihm soll jetzt auch ein Verlust des Klagrechtes in bezug auf den nicht bezahlten Teil der zedierten Forderung eintreten, und auch dem ursprünglichen Gläubiger die Aktion dafür nicht mehr zustehen[1]). Dieser Verlust des Klagrechtes ist eine ganz positive Bestimmung, die keineswegs aus dem Begriff des Rechtes von selbst folgt, aus welcher sich nur die Ungültigkeit des durch das prohibitive Gesetz von der Rechtssphäre ausgeschlossenen Aktes entwickelt. Weil also Justinian, weiter gehend als Anastasius, noch positive

[1]) Siehe § 1 das.: „. . . et neque ei qui cedit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse *utrique eorum actionem.*"

Nachteile verhängte, und insoweit er dies tat, konnte er das Gesetz nicht auf die Zeit des Anastasius zurückführen, und dies war unzweifelhaft der ihm nicht klar in seinen Unterschieden zum Bewußtsein gekommene Grund, der ihn trotz jenes justum quidem fuerat bestimmte, die Wirkung seines ganzen Gesetzes erst von dem Erlaß desselben eintreten zu lassen. Struve aber, der auch die Rückbeziehung der in der L. 23 „ausgesprochenen Nachteile" für juristisch richtig hält, verfällt hierdurch unzweifelhaft in wahrhafte Rückwirkung, so sehr er dieselbe im allgemeinen durch die übertriebenste Auffassung zu vermeiden strebt.

Der gemeinsame Gedanke der Bestimmungen, die wir hier betrachtet, bestand also darin, daß auch das nur an sich in einem Gesetze schon Vorhandene, als ein stillschweigend darin Ausgesprochenes, wenn es auch erst durch eine weitere Tätigkeit der Gesetzgebung für das subjektive Bewußtsein zum Vorschein kommt, doch von der Zeit jenes Ansich ab wirken muß, weil jeder im Gesetz enthaltene Gedanke schon ein gesetzter Inhalt der Rechtsidee und ihm also die Wirklichkeit unterworfen ist.

Von hier aus ergibt sich auch das Verständnis einer Stelle des Cicero, die wir bereits S. 59, Anm. 4 u. S. 60, Anm. 1 angeführt haben: „In lege Voconia non est: Fecit, Fecerit; neque *in ulla* (lege) praeteritum tempus reprehenditur, *nisi ejus rei quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam, si lex non esset, magno opere vitanda fuerit.*"

Diese Einschränkung ist es, die hier einer kurzen Betrachtung bedarf. Es sei niemals, sagt Cicero, die Vergangenheit irgendeinem Gesetze unterworfen worden, außer etwa in Hinsicht auf eine solche Sache, „welche an sich selbst schändlich und nichtswürdig ist,

sodaß sie, wenn das Gesetz auch nicht existierte, dennoch durchaus zu vermeiden war" In diesem Falle gibt also Cicero zu, daß ein solches späteres Gesetz auf eine frühere und damals noch durch kein Gesetz — auch nicht implizite — verpönte Handlung angewendet werden könne.

Der Gedanke, der hierin zu erblicken ist, ist folgender: Auch was durch die bloße sittliche Übereinstimmung des Volksgeistes als schlecht, schändlich usw. bestimmt ist, und obwohl diese Prohibition des geistigen Innern sich noch in keinem Gesetz, weder explizite, noch implizite, Dasein gegeben hat, kann dennoch, wenn ein späteres Verbotsgesetz eintritt, so angesehen werden, als wenn durch letzteres nur die Deklaration eines schon früher an sich in der Rechtssubstanz vorhandenen Inhaltes (des Sittengesetzes) gegeben sei, und darum rückbezogen werden.

Es ist nicht zu leugnen, daß dieser Gedanke tief geht; denn er hat zu seinem Fundamente jene sittliche Übereinstimmung des Volksgeistes, die auch die Grundlage alles Rechtes ausmacht.

Gleichwohl muß seine Gültigkeit auf die Völker des Altertumes eingeschränkt werden. Denn es wird hier die innere sittliche Einheit des Volksgeistes — das Ethos — um der zweifellosen Entschiedenheit willen, mit welcher die gesetzlich unverbotene Handlung als ihm absolut widerstrebend — schändlich, nichtswürdig usw. in sich selbst — erscheint, wie eine bereits gesetzte Bestimmung angesehen und behandelt. Dies hat aber seine Zulässigkeit bloß bei den Völkern des Altertumes, und auch bei diesen nur in ihrer klassischen Zeit. Denn hier stellte der Volksgeist eine solche objektive substantielle Gedrungenheit dar, es war in den Individuen eine solche

sittliche Einheit und Übereinstimmung des Volksgeistes lebendig und tätig, daß in der Tat das durch diese innere Substanz absolut Reprobierte ebensogut als gesetzlich reprobiert angesehen werden konnte.

Ebendeshalb aber ist dies nicht mehr zulässig in den modernen Zeiten, wo Subjektivismus und Individualismus, Bildung und Skepsis usw. diese in den Individuen gegenwärtige strenge Einheit und Übereinstimmung der sittlichen Anschauungen des Volksgeistes aufgelockert haben, das ethische Bewußtsein der zu demselben Staate gehörenden Individuen sehr häufig ein um fast ganze Weltperioden auseinanderliegendes ist, und fast immer nur durch die zufällige Verstandesbildung des Individuums mit ihren zufälligen Mängeln und ebenso zufälligen Errungenschaften, statt durch jenes allgemeine Volksethos bestimmt wird.

Es ist *hier* jene Folgerung nicht mehr zulässig, weil hier eben die Grundlage derselben, die strenge gedrungene Übereinstimmung des sittlichen Volksgeistes *in dem Bewußtsein der Individuen* fehlt.

Für die modernen Zeiten muß also bei der Forderung stehen geblieben werden, daß nur ein solcher Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins auf rechtliche Wirklichkeit Anspruch machen kann, der bereits — explizite oder implizite — *gesetzt* worden ist.

Aber wenn bloß ein solcher Inhalt des allgemeinen Volksbewußtseins rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen kann, der bereits *gesetzt* ist — folgt daraus, daß er in *Worten* gesetzt sein muß? Oder kann er es auch in konkludenten *Handlungen* des ganzen Volkes sein? Der Rechtsidee nach ist das letztere unzweifelhaft; denn es ist ja, wie wir sahen, eben nur *dies* erforderlich, daß der Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins ein *heraus*-

gesetzter ist. Gesetzt und verwirklicht aber ist derselbe nicht weniger, wenn er durch Handlungen, als wenn er durch Worte, verbis aut factis, gesetzt ist. Auch liegt dies bereits als eine nicht zu beseitigende Konsequenz in dem früher betrachteten, allgemein anerkannten Grundsatz, daß auch das implizite oder stillschweigend in dem Gesetz Ausgesprochene dieselbe Verbindlichkeit haben soll, wie das expressis verbis darin Gesagte. Denn als ein implizite im Gesetz Enthaltenes ist es gleichfalls nicht in Worten darin ausgedrückt, und wenn ein nicht in Worten ausgesprochener Inhalt, vermöge der Gedankennotwendigkeit, mit welcher er sich als ein stillschweigend ausgedrückter darstellen kann, rechtliche Wirksamkeit haben soll, so ist dies der Rechtsidee zufolge wiederum ebenso auch da zutreffend, wo sich dieser Inhalt vermöge derselben Gedankennotwendigkeit als ein in Handlungen des ganzen Volkes stillschweigend ausgedrückter Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins ergibt.

Julian entscheidet dies daher in der prinzipiellsten und richtigsten Weise wie folgt[1]): „Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest; *suffragio* populus *voluntatem suam declaret* an rebus ipsis *et factis?* Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." „Denn da uns die Gesetze selbst aus gar keiner anderen Ursache verpflichten, als weil sie durch die Entscheidung des Volkes angenommen worden sind, so werden mit Recht auch

---

[1]) L. 32, § 1, de legibus (1, 3).

solche uns alle verpflichten, welche das Volk ohne irgendein Schriftstück gebilligt hat; denn was ist für ein Unterschied, ob das Volk durch Abstimmung seinen Willen erklärt oder durch Tatsachen selbst und Handlungen? Weshalb auch völlig richtig angenommen worden ist, daß die Gesetze nicht bloß durch das auf einer Stammtafel abgegebene Votum des Gesetzgebers, sondern auch durch die stillschweigende Übereinstimmung aller abgeschafft werden."

Aber diese prinzipielle Folgerung des Begriffes kommt nicht nur bei dem Gewohnheitsrecht zur Anwendung, das allerwärts unter ihrer Einwirkung sich gebildet und verändert hat, sondern ebensosehr in Zeiten, wo von einem Gewohnheitsrecht nicht mehr die Rede ist, bei jenen plötzlichen und ruckweisen Übergängen des allgemeinen Rechtsbewußtseins in einen neuen Zustand, deren die neuere Geschichte so viele erlebt hat.

Dieser begriffliche Zusammenhang ist es, den man im Auge haben muß, um die Gesetze des französischen Konventes am 5. Brumaire und 17. Nivôse II wahrhaft verstehen und beurteilen zu können, von denen schon oben (S. 94 fg.) die Rede gewesen ist.

Bereits durch ein Dekret vom 7. März 1793 hatte der Konvent die Fähigkeit, in direkter Linie zu testieren, für abgeschafft erklärt, um das Prinzip der Gleichheit innerhalb der Familie zur Durchführung zu bringen und die Fortdauer der gewohnheitsrechtlichen, statutarischen und fideikommissarischen Vorrechte der Erstgeburt und des männlichen Geschlechtes, welche sich durch die testamentarischen Dispositionen hätten fortpflanzen können[1]), zu

[1]) Vgl. die Motive des Konventsdekretes vom 5. März desselben Jahres, durch welches der Konvent seinem Komitee einen Bericht über die égalité des partages dans les successions aufgibt.

verhindern. Bald darauf ging der Konvent weiter. Genötigt, ein ganz neues Erbrecht an die Stelle des bis dahin bestehenden zu setzen, erließ der Konvent zunächst das Gesetz vom 5. Brumaire und bald darauf, unter Aufhebung desselben, das Gesetz vom 17. Nivôse II, dessen erbrechtliche Grundsätze im allgemeinen in den Code civil übergegangen sind und also das noch heute bestehende Recht in Frankreich bilden.

Aber hierauf beschränkte der Konvent sich nicht. Der erste Teil des Gesetzes verordnet vielmehr, daß alle seit dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften, in direkter wie Kollaterallinie, nach demselben Grundsatze der Gleichheit behandelt, alle seit diesem Tage errichteten Dispositionen von Todes wegen und kontraktlichen Erbeinsetzungen und ebenso die schon vor dem 14. Juli 1789 errichteten Testamente und Erbfolgeverträge, falls deren Urheber am 14. Juli 1789 noch am Leben waren, nichtig sein, und die auf Grund dieser jetzt vernichteten Dispositionen erledigten Erbschaften wieder eröffnet und einer gleichen Teilung unter den Kindern Deszendenten oder Kollateralerben der Verstorbenen unterworfen werden sollen.

Diese Bestimmungen, welche in der Tat um fast fünf Jahre zurückgriffen, wurden in der Folge, wie gleichfalls bereits früher näher geschildert worden (s. oben S. 96), von der Thermidorreaktion für flagrante Rückwirkungen erachtet und deshalb durch die Dekrete vom 9. Fruktidor III und vom 3. Vendémiaire IV und durch das Gesetz vom 18. Pluviôse V — in bezug auf den rückwirkenden Effekt und unbeschadet ihrer Wirksamkeit vom Tage des Gesetzes ab — wieder aufgehoben und die nochmalige Teilung der bereits zweimal geteilten Erbmassen verordnet. Auch haben seitdem die französischen Juristen immer zugegeben, daß jene Gesetze des Konventes einer heftigen

Rückwirkung anzuklagen wären. Hin und wieder sind dieselben als ein Beweis von den „Greueln" des französischen Konventes angeführt worden, und in der Tat scheint auf den ersten Blick die Rückwirkung auch gar nicht bezweifelt werden zu können.

Zunächst wird inzwischen jedenfalls schon so viel nicht bestritten werden können, daß der Konvent durch jene Bestimmungen mindestens nicht rückwirken w o l l t e und, indem er sie traf, nicht rückzuwirken g l a u b t e.

Es ergibt sich dies ganz evident schon aus den Worten, in welchen der Berichterstatter dieses Gesetzes, Berlier, in seinem Bericht zu dem Dekrete des Konventes vom 22. Ventôse II — durch welches der Konvent die durch das Nivôsegesetz entstandenen Streitfragen infolge deshalb eingegangener Petitionen erledigte — die Absicht des Konventes ausspricht. „Le règne de la nature et de la raison," sagt Berlier, „avait pris naissance le 14 Juillet 1789; faible encore à cette époque, il ne s'était, il est vrai, élevé à sa hauteur que depuis, mais il avait commencé dès ce temps; *et sans rétroagir* vous avez voulu faire accorder les effets avec leur cause; vous avez proclamé que les biens acquis à titre gratuit depuis cette grande époque devaient être partagés selon les règles que vous avez prescrites contre ceux que la nature désignait pour les recueillir, et vous avez écarté les obstacles qui pouvaient résulter des dispositions contraires, soit de l'homme, soit des statuts" (s. den Moniteur vom 25. Ventôse II).

Noch deutlicher ergibt sich aber, wie sehr der Konvent von jeder Absicht, das Prinzip der Nichtrückwirkung zu verletzen, entfernt war, aus der Antwort, welche er selbst in dem Dekrete vom 22. Ventôse II auf die vierte der daselbst vorgelegten Fragen erteilt. Es wurde die

Frage aufgestellt, ob nicht auch die vor dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften in dem Falle den natürlichen Erben zugesprochen werden sollten, wenn noch gegenwärtig ein Prozeß zwischen diesen und den eingesetzten Erben über die Erbschaft schwebe. Der Konvent antwortet hierauf: „Sur la quatrième question: Que l'on ne saurait s'arrêter à l'objet dont il s'agit, *sans mettre l'effet rétroactif en question;* et que *s'il n'y en a point* à dater du 14 Juillet 1789, parce que la loi *n'a fait que développer les principes proclamés dès lors par un grand peuple* qui se ressaisissait de ses droits, *l'effet rétroactif commencerait là seulement où l'on dépasserait cette limite;* que d'ailleurs, si la réclamation des héritiers naturels, pour ce qui appartient aux époques antérieures, était fondée, ils n'ont pas besoin du secours de la loi nouvelle, et que si elle ne l'était pas, il serait immoral d'accorder plus de faveur à celui qui a fait un mauvais procès qu'au citoyen tranquille qui a *respecté les lois de ce temps.*"

Entscheidender und stärker konnte der Konvent sich nicht gegen die Absicht aussprechen, das Prinzip der Nichtrückwirkung auch nur „in Frage zu stellen" Und die Sorgfalt, mit welcher der Konvent noch lange vor dem Thermidor ein von ihm erlassenes vergleichungsweise ganz unbedeutendes Dekret widerrief, weil er glaubte, daß dasselbe mit Rückwirkung befleckt sei (s. oben S. 284), läßt die Redlichkeit der hier ausgesprochenen Absicht auch nicht in den leisesten Zweifel ziehen. Es fragt sich somit nur, ob der Konvent nicht gegen seine Absicht in Rückwirkung dabei verfallen ist.

Aber die obige Ideenreihe, in deren Zusammenhang wir diese Frage zur Erörterung gebracht haben, weil sie in der Tat nur in diesem Zusammenhange zu begreifen und zu

lösen ist, muß nun bereits das hinreichende Licht zu ihrer Entscheidung verbreitet haben.

Das vorrevolutionäre Erbrecht in Frankreich beruhte in den höheren Ständen auf dem Vorrecht der Erstgeburt und der männlichen Linie, welches sowohl die französischen coutumes als die Sitten der Familie bis dahin beherrscht hatte. Es waren dies somit Privilegien, mit deren bloßer Aufhebung von selbst das auf die natürliche Gleichheit der Familienglieder gegründete Erbrecht eintrat, welches der Konvent in dem Nivôsegesetz verwirklichte; die prohibitive Aufhebung dieser Privilegien, ihre Beseitigung durch ein zwingendes Gesetz, war notwendig durch das mit der Französischen Revolution eingetretene neue Rechtsbewußtsein der Nation gegeben, welches die Rechtsgleichheit in zwingender Weise zu seinem Inhalt hatte. Es fragte sich nur, wann war diese Umwendung des allgemeinen Bewußtseins der Nation in die Wirklichkeit herausgesetzt und also zum Rechte geworden, so daß von nun an die entgegenstehenden individuellen Handlungen, als gegen den zwingenden und in die Rechtssphäre — die Wirklichkeit — hineingesetzten allgemeinen Willen angehend, sich dadurch als nichtige, und zwar schon zur Zeit ihrer Vornahme nichtige, charakterisierten?

Und hier sehen wir nun in dem Konvent den von Julian ausgedrückten Gedanken tätig, daß es gleich sei, ob das Volk verbis aut factis, durch Worte oder durch Handlungen, seinen Willen an den Tag gelegt habe. Und wir müssen es wiederholen, es ist in der Tat der Rechtsidee nach nicht der geringste Unterschied zwischen beidem. Denn zum Begriffe des Rechtes gehört nur, daß der Volksgeist einen geistigen Inhalt als Gegenstand seines Willens in die Rechtssphäre, d. i. die Wirklich-

keit, gesetzt habe. Dies kann aber unter Umständen nicht weniger bestimmt und energisch als durch Worte durch tatsächliche Zertrümmerung eines Rechtszustandes geschehen, die ein Volk vornimmt.

Durch den Bastillesturm — dessen Datum der 14. Juli 1789 bildet — hatte das französische Volk sein den Privilegien und Vorrechten, auf welche der bestehende Zustand gegründet war, entgegengesetztes Rechtsbewußtsein der rechtlichen Gleichheit an den Tag gelegt, den bestehenden Rechtszustand der feudalen Gesellschaft zertrümmert. Hieraus folgte nicht, daß nun die Gesetze, welche die Französische Revolution in ihrer Entwickelung an Stelle der bisherigen setzen mußte, sämtlich auf den 14. Juli 1789 zurückgeführt werden konnten.

Denn fast alle Gesetze enthalten notwendig positive und organisatorische Bestimmungen, die sich als Entwickelungen zu dem neuen Bewußtsein verhalten, und somit immerhin als ein Objektiv-Neues, das mit der Zertrümmerung des alten Rechtszustandes noch nicht gegeben ist, sondern erst durch und mit dieser Entfaltung des neuen Rechtsbewußtseins da ist und daher auch erst von da ab gelten kann. Oder mit anderen Worten: die positiven Gesetze, die das neue Rechtsbewußtsein zu seiner Ausführung hervortreiben muß, sind in demselben nur als ein Keim enthalten, d. h. sie sind in ihm zwar gleichfalls als ein Ansich, aber (vgl. oben S. 629 fg.) nur als ein Ansich der Rechtsidee enthalten, noch nicht — in ihrer positiven und entwickelten Bestimmtheit — als ein gesetztes Ansich, als ein in dem schon Herausgesetzten objektiv Gegebenes. Nur wo mit der bloßen Negation von bisher bestehenden Privilegien und Vorrechten usw. ohne weiteres der Inhalt des neuen Rechtes schon vollständig gegeben war, — nur

da konnte gesagt werden, daß, weil diese Negation schon durch die vom Volke vorgenommene Zertrümmerung des alten Rechtszustandes in die Rechtssphäre übertragen und zum Rechte geworden war, das neue Gesetz nur als eine *Deklaration* dessen erscheine, was durch jene vom gesamten Rechtsbewußtsein des Volkes selbst ausgegangene Abolition gegeben und als neues verbindendes Recht gesetzt worden sei.

In der Tat hat auch der Konvent *keines* seiner Gesetze auf den 14. Juli 1789 zurückgeführt, mit alleiniger Ausnahme der im Gebiet des Erbrechtes von ihm erlassenen, weil er diese als einen mit der *bloßen Negation der Bevorrechtigungen* von selbst durch die natürliche Gleichheit der Familienglieder gegebenen Rechtsinhalt ansah.

So sehen wir diese philosophische Versammlung erklären, daß ihre Erbgesetze nur die Deklaration der Prinzipien enthalte, welche das Volk selbst durch den Bastillesturm proklamiert und zum Rechte erhoben habe. — Will man bei den heutigen Franzosen schon von einer „romanischen" Natur reden, so ist es diese *objektive Plastik* des Gedankens in ihnen, die als romanisch anzuerkennen ist und sich auch, wie wir sahen, in der Tat als römischen Ursprunges ergeben hat. — Und in zweierlei Weise hat die Geschichte den Konvent gerechtfertigt! Einmal dadurch, daß, wie bereits erwähnt, die erbrechtlichen Grundsätze des Nivôsegesetzes unter dem ersten Kaisertum wie sogar unter der Restauration, und wieder unter der Julidynastie und dem zweiten Kaisertum in unangefochtener Herrschaft geblieben sind, und sich hierdurch also am deutlichsten als ein notwendiger und zwingender Inhalt des mit der Revolution in Frankreich zur Herrschaft gekommenen Rechtsbewußtseins der modernen französischen Ge-

sellschaft betätigt haben. Zweitens aber dadurch, daß alle Geschichtschreiber, deutsche wie französische, reaktionäre und revolutionäre, philosophische Werke wie die gewöhnlichen Handbücher die Französische Revolution vom 14. Juli 1789 datieren! Sie alle stimmen also hierdurch darin überein, daß der Umschwung des Rechtsbewußtseins der französischen Nation von diesem Vorgang ab zu datieren und er in ihm auf entscheidende Weise an den Tag gelegt worden sei! Sie alle stimmen also indirekt darin überein, den Konvent gegen jeden Vorwurf der Willkür wegen der Herbeiziehung dieses Tages für die Datierung des neuen Rechtsbewußtseins der französischen Gesellschaft zu bewahren[1])!

---

[1]) Eine höchst interessante, obgleich überraschenderweise niemals gezogene Parallele zu diesen Konventsgesetzen, und einen merkwürdigen Beweis, welche Begeisterung jedem Gleichheitsgedanken eigen ist, sogar wenn er in die Seele eines byzantinischen Tyrannen fährt, gewähren die Verordnungen Justinians über das Erbrecht der Armenier, Edictum III, u. vgl. Nov. XXI. Bei den Armeniern existierte nämlich das, wie Justinian sich ausdrückt, „barbarische und insolente Gesetz," daß nur die Söhne, nicht die Töchter, zur elterlichen Intestaterbfolge berufen sein sollten. Wie der Konvent durch die revolutionäre Idee der Gleichheit der verschiedenen Stände, so ist Justinian durch den Einfluß der christlichen Idee der Gleichheit der Geschlechter gegen dieses Privilegium empört. Er schildert mit Indignation (s. die Präf. zur Novelle), daß dieses Gesetz dem Weibe eine Stellung bereite, „als wäre es nicht von Gott geschaffen und als trüge es nichts zur Kindererzeugung bei, sondern als sei es ein verächtliches — —, dem keinerlei Ansehen zuzukommen habe." Er erklärt dies für eine „Verachtung der Natur" (*οὕτως ἀτιμασάντων τὴν φύσιν*), und ganz wie der Konvent erklärt er, daß er, an Stelle dieser Ungerechtigkeit, die Grundsätze der natürlichen Gleichheit bei ihnen zur Geltung bringen wolle (Edict.: — *τῆς προτέρας ἀπαλλάξαντες ἀδικίας* ... *καὶ δοῦναι αὐτοῖς ἰσότητα τὴν πρέπουσαν*), weshalb nun das

Selbstredend kehrt die Natur dieses begrifflichen Verhältnisses bei allen ruckweisen Aufhebungen eines bestehenden Rechtszustandes und häufig in Fällen von noch größerer Urgenz zurück, wenn die Frage auch nicht überall mit derselben Gedankenentschiedenheit, wie von jener philosophischen Versammlung gelöst wird.

So war in Preußen am 18. März 1848 eine Revolution eingetreten. Die absolute Gewalt der Krone war aufgehoben und eine konstituierende Versammlung war einberufen worden, um den neuen konstitutionellen Zustand festzustellen. Es war natürlich, daß durch eine so totale Umwälzung des politischen Rechtszustandes, wie sie die Aufhebung der absoluten Monarchie darstellt, manche bisher durch das Strafgesetz verpönte Handlungen politischer Natur aufhören mußten, ein Verbrechen zu bilden, indem sich jetzt der rechtliche Begriff des Hochverrates, der Verpflichtung zum Gehorsam gegen die Beamtengewalt usw. geändert hatte. Solche Strafgesetze waren also als durch den bereits zur rechtlichen Wirklichkeit gewordenen

---

zwischen Sohn und Tochter nicht unterscheidende römische Erbrecht auch bei den Armeniern zur Anwendung kommen soll. Aber nicht vom Erlaß dieses Ediktes ab, sondern dasselbe soll, wie Justinian verordnet, wirken „vom Beginn seiner frommen Regierung", und alle seitdem bei den Armeniern eröffneten Erbschaften in Gemäßheit desselben reguliert werden (außer wenn die Parteien bereits transigiert hätten).

Wie es scheint, will, wie der Konvent vom Bastillesturm, so Justinian von seinem Regierungsantritt ab das Dasein eines neuen Rechtsbewußtseins, eine neue Weltperiode datieren! Aber die Geschichte hat ihm hierin nicht recht gegeben, wie überhaupt der bloße Regierungsantritt eines Mannes an und für sich keine Volkshandlung ist und daher auch kein neues Volksbewußtsein an den Tag legen kann, weshalb die unzulässige Rückwirkung der Justinianischen Verordnung keinem Zweifel unterliegen kann.

Volkswillen abrogiert anzusehen, wenn auch der Erlaß eines neuen Strafgesetzbuches erst in mehr oder weniger geraumer Zeit erfolgen konnte. Nichtsdestoweniger wurden schon in den ersten Monaten nach dem März auf Grund solcher Strafgesetzartikel politische Verfolgungen eingeleitet, die später, im November 1848, in den politischen Prozessen gegen die Mitglieder der Nationalversammlung und deren Anhänger ihren Höhepunkt fanden. Die Berufung auf die mit der Märzrevolution eingetretene Umänderung des öffentlichen Rechtes, und somit auf jene hierdurch von selbst gegebene Abolition der strafrechtlichen Verbote gewisser politischer Handlungen, bereitete den Tribunalen Verlegenheit, blieb aber in der Regel ohne Erfolg. Hierbei muß erwähnt werden, daß allerdings in denjenigen Landesteilen Preußens, welche unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechtes stehen, ein besonderer Umstand hinzutrat. Das Allgemeine Landrecht enthält nämlich in § 59 der Einleitung die Verfügung: „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden." Das Allgemeine Landrecht hat somit hier eine Vorschrift, welche der vom römischen Recht anerkannten Folgerung der reinen Rechtsidee, daß es gleich sei, ob ein Gesetz verbis aut factis aufgehoben worden, ausdrücklich entgegensteht. Einerseits ergingen jedoch solche Entscheidungen der Tribunale auch in solchen Landesteilen Preußens, wo das Allgemeine Landrecht nicht galt (z. B. in der Rheinprovinz), andererseits wäre eben zu untersuchen gewesen, ob nicht der in einem absoluten Staate allerdings sehr begreifliche § 59 des Allgemeinen Landrechtes selbst durch die Umwandlung des öffentlichen Rechtszustandes insoweit abrogiert zu erachten sei. —

Es ist übrigens klar, daß, wo ein Gesetz wie der § 59

der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht besteht, durch dasselbe immer nur die durch Handlungen erfolgende Aufhebung von Gesetzen, nicht die, obwohl implizite, aus einem Gesetz sich ergebende Aufhebung früherer Gesetze ausgeschlossen wird. Denn in dieser Hinsicht gilt unter allen Gesetzgebungen der früher bezogene Grundsatz, daß das explizite und das implizite in einem Gesetze Gesagte von gleicher Kraft und Verbindlichkeit sei. Jener § 59 hat daher die preußischen Tribunale auch niemals verhindert, frühere gesetzliche Bestimmungen durch eine implizite in einem späteren Gesetz enthaltene Abrogation für abgeschafft zu erachten.

Noch weniger ist natürlich der Gesetzgeber durch den § 59 gehindert — es klingt lächerlich, dies erst zu sagen —, eine Gattung bestehender Rechte oder eine Gesamtheit bestehender Gesetze ausdrücklich aufzuheben. Wird eine solche Gattung oder Gesamtheit vom Gesetzgeber für aufgehoben erklärt, so sind natürlich auch die einzelnen zu derselben gehörenden Rechte oder Gesetze aufgehoben. Es ist hier nicht einmal von einer impliziten Aufhebung die Rede. Denn eine solche liegt nur da vor, wo die Negation bestehender Rechte oder Gesetze überhaupt nicht durch den unmittelbaren Wortlaut eines späteren Gesetzes ausgesprochen ist, sondern sich nur durch die logische Konsequenz des in dem Gesetze ausgesprochenen Gedankens ergibt. Wo aber diese Negation einer bestehenden Gesamtheit von Rechtsbestimmungen durch den unmittelbaren Wortlaut eines Gesetzes gegeben ist, da sind alle in diesen unmittelbaren Wortlaut hineinfallenden Bestimmungen ausdrücklich, nicht implizite, aufgehoben. Wenn der Gesetzgeber z. B. verordnete: „Das Allgemeine Landrecht ist aufgehoben", so sind alle einzelnen zu demselben gehörigen Bestim-

mungen nicht implizite, sondern sehr explizite aufgehoben.

Einen so tautologischen Satz also wie diesen: daß der § 59, welcher besagt, daß Gesetze so lange in Kraft bleiben, bis sie vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben werden, keinesfalls besagen will und kann, daß ein bestimmtes einzelnes Recht oder eine bestimmte Gattung von Rechten auch nach ihrer ausdrücklichen gesetzgeberischen Abolition noch in Kraft bleiben sollen, — einen solchen Satz überhaupt erst auszusprechen, kann, wie gesagt, höchst müßig und sehr lächerlich erscheinen.

Auch würde in der Tat hierzu nicht der geringste Anlaß vorgelegen haben, wenn nicht merkwürdigerweise dieser bis zur Plattheit einfache Satz vom Königlichen Obertribunal in bezug auf die preußische Verfassung durch eine „konstante Jurisprudenz" geleugnet worden wäre. Es ist dies jene „konstante Jurisprudenz", auf welche in einer bereits oben (S. 112, Note 1) angeführten Äußerung von dem Vizepräsidenten des Obertribunals, Herrn Dr. Götze, Bezug genommen worden ist.

Der Art. 4 der preußischen Verfassung vom 5. Dezember 1848 und respektive vom 31. Januar 1850 hatte die bis dahin bestehenden Standesvorrechte — d. h. das Dasein von Unterschieden im Rechte zwischen den Angehörigen verschiedener Stände — auf die ausdrücklichste und unzweifelhafteste Weise negiert mit den Worten: „Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich. Standesvorrechte finden nicht statt." Noch zum Überflusse hatte der Art. 109 hinzugefügt: „. . . alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden."

Es war hierdurch also, obwohl dies ohnehin selbstredend gewesen wäre, ausdrücklich verordnet, daß alle solche einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, welche den Grundsätzen der Verfassung zuwiderliefen, hierdurch außer Kraft gesetzt sein sollten.

Zu den früheren Standesvorrechten des Adels gehörte nun auch dies, daß Weiber „aus dem Bauer- oder geringeren Bürgerstande" keine Ehe zur rechten Hand mit Männern von Adel sollten schließen können (Allgemeines Landrecht, II, I, §§ 30—33), und daß nach § 940 daselbst solche Ehen, „welche die Gesetze wegen Ungleichheit des Standes verbieten", wenn sie ohne die erforderliche Dispensation geschlossen würden, nichtig sein sollten.

Man hätte somit glauben sollen, daß dieses Standesvorrecht, Rechtsungleichheit auf Grund von Standesunterschieden, durch den Art. 4 der Verfassung aufgehoben sei. So glaubten auch einstimmig alle Instanzgerichte, und auch das Obertribunal glaubte in einem Urteil aus dem Jahre 1851 so, wie wir an dem bereits bezogenen Ort (S. 112) gehört haben. Allein das Obertribunal war damals, wie uns sein Vizepräsident und Chefpräsident daselbst sagten, nur noch nicht „orientiert" genug. Es unterließ nicht, sich besser zu „orientieren", und kam nun zu dem Schluß, daß die durch die Verfassung vernichteten standesrechtlichen Unterschiede — für fortbestehend zu erachten seien!

Die Analyse der betreffenden Obertribunalurteile bietet insofern kein wissenschaftliches Interesse dar, als die in Rede stehende Frage durchaus nicht einmal fähig ist, irgendwie als fraglicher Natur zu erscheinen. Nicht die größte Sophistik vermag ihr im geringsten diesen Anstrich zu geben. Ebendeshalb ist sie aber nicht einmal

einer wahrhaft wissenschaftlichen Behandlung fähig, sondern gehört zur Kompetenz des gemeinsten gesunden Menschenverstandes. Jeder, der weiß, daß, wer da sagt, ein Tisch sei schwarz, dadurch zugleich auch sagt, er sei nicht weiß, und wer da sagt ein Dutzend Äpfel, dadurch auch sagt: zwölf einzelne Äpfel, jeder solche weiß auch, daß, wenn der Gesetzgeber sagt: „Standesvorrechte finden nicht statt", er dadurch auch sagt, daß alle einzelnen, aus Standeseigenschaften herfließenden Vorrechte und Exemtionen aufgehoben sein sollen.

Insofern also wäre eine Erörterung dieser Frage unter der Würde der Wissenschaft.

Da es aber für die Urteile eines obersten und keiner Zensur mehr unterworfenen Gerichtshofes keine andere Kontrolle gibt als die Zensur der Wissenschaft, so halten wir es für eine Pflicht wissenschaftlicher Werke, diese Kontrolle zu üben und solchen Urteilen, wie die erwähnten, eine Denksäule zu errichten, die ihr Gedächtnis um so länger verewigt, je länger die betreffenden Werke durch ihren wissenschaftlichen Wert Anspruch auf Existenz zu behaupten vermögen.

Es mag also hier eine kurze Analyse der Gründe folgen, auf welche das Obertribunal die in Rede stehenden Entscheidungen durch Urteil vom 25. November 1853 (Entscheidungen, Bd. 26, S. 351 fg.), Urteil vom 24. November 1856 (Entscheidungen, Bd. 34, S. 179 fg.) u. a. gestützt hat. Das Obertribunal geht in dem letzten, ganz übereinstimmend mit dem ersteren, aber noch ausführlicher motivierten Urteil von dem Satz aus (Bd. 26, S. 180): „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden. Diese im Wesen des Gesetzes begründete und aus der Natur der Sache mit Notwendigkeit hervorgehende Bestimmung

des § 59 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht hat in dem Art. 109 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 insofern eine neue Bestätigung und Anerkennung gefunden, als es darin heißt: „Alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden."

Daß der angezogene § 59, der nur die Aufhebung der Gesetze durch Handlungen[1]) ausschließt, nicht aber die implizite durch andere Gesetze geschehende, geschweige denn, wie hier, die ausdrücklich generisch-verordnete, ist oben (S. 650) gezeigt worden. Besonders unglücklich ist aber die Berufung auf den Art. 109 der Verfassung zu nennen. Denn in diesem wird ja vielmehr direkt gesagt, daß, was freilich auch von selbst klar gewesen wäre, alle einzelnen Verordnungen der bestehenden Gesetzbücher, wenn sie auch nicht unter Zitierung von Paragraph und Datum aufgehoben seien, dennoch außer Kraft gesetzt sein sollten, wenn sie der Verfassung und ihren Bestimmungen zuwiderliefen.

Das Urteil fährt fort: der Appellationsrichter gehe nun offenbar zu weit, wenn er annehme, daß jenes landrechtliche Eheverbot durch den Art. 4 der Verfassung: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich, Standesvorrechte finden nicht statt" — wirklich aufgehoben sei. „Der Wortlaut steht dem geradezu entgegen." Der Wortlaut lautet allerdings nicht: die Standesvorrechte sind aufgehoben, sondern sie „finden nicht statt". Da sie aber bis dahin stattfanden und jetzt vom Gesetzgeber für

[1]) Seiner unmittelbaren Absicht nach ist er gegen die Aufhebung der Gesetze per desuetudinem gerichtet.

nicht mehr stattfindende erklärt werden, was nur durch ihre Aufhebung bewirkt werden konnte, so sollte man schon bei sehr mäßiger Logik allerdings meinen, daß auch nach dem unmittelbaren Wortlaut des Art. 4 das Aufgehobensein der Vorrechte in ihm ausgesprochen sei.

Das Obertribunal erwägt weiter: „Es kann sich wohl immer nur fragen: ob jene Vorschrift (des Allgemeinen Landrechtes) mit den Grundsätzen der revidierten Verfassung etwa dergestalt im Widerspruch steht, daß sie mit der letzteren unvereinbar erscheine und deshalb mit der Emanation der gedachten Verfassungsurkunde als mittelbar außer Kraft gesetzt zu betrachten sei. Indessen auch dies ist zu verneinen. Auf die Eingangsworte des Art. 4: «Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich», kommt es hierbei weniger an. Sie stellen überhaupt keinen neuen staatsrechtlichen Grundsatz auf und sagen in der Tat nicht mehr, als schon das Allgemeine Landrecht in § 22 der Einleitung mit den Worten ausdrückt: «Die Gesetze des Staates verbinden alle Mitglieder desselben ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechtes.»"

Aber schon bei dieser Gleichstellung ist das Obertribunal in dem auffälligsten Irrtum befangen.

Daß die Gesetze des Staates für die Staatsangehörigen aller Stände verbindlich sein sollten, dieser schon im Allgemeinen Landrecht ausgesprochene Satz, welcher nur die Angehörigen aller Stände zum Gehorsam gegen die Gesetze des Staates überhaupt verpflichtet, schließt noch nicht ein, daß nicht verschiedene Gesetze für die Angehörigen der verschiedenen Stände und somit in Standeseigenschaften wurzelnde „Ungleichheit vor dem Gesetz" in diesem Staate bestehen können sollte. Das Allgemeine Landrecht bietet selbst das beste Beispiel

hierfür. Denn es geht ausdrücklich von der Grundidee aus, daß die bürgerliche Gesellschaft nicht eine in sich rechtsgleiche, d. h. einem Gesetz unterworfene Allheit von Staatsangehörigen, sondern eine Mehrheit von verschiedenen Ständen mit verschiedenem Rechte derselben bilde. Es erklärt daher sofort in T. I, Tit. 1, § 2: „Die bürgerliche Gesellschaft besteht aus mehreren kleineren, durch Natur oder Gesetz oder durch beide zugleich verbundenen Gesellschaften und Ständen", und es definiert ausdrücklich den Stand als einen besonderen Kreis von rechtsgleichen Personen[1]), wie es diesen organischen Grundsatz dann auch in den unterschiedenen Rechtsbefugnissen und Exemtionen der verschiedenen Stände verwirklicht.

Gleichheit vor dem Gesetz findet daher nach dem Allgemeinen Landrecht nicht für „alle Preußen", für welche daselbst vielmehr unterschiedene ungleiche Gesetze bestehen, sondern nur für die Glieder eines solchen Kreises (Standes) statt, wenn auch der Gehorsam gegen die ungleichen, die verschiedenen Stände mit verschiedenen Rechten befassenden Gesetze für alle Pflicht war.

Nach dem Allgemeinen Landrecht waren also die „Preußen" vor dem Gesetz ungleich. Es kam darauf an, ob man zum Adel-, Bürger-, Bauernstande gehörte. und nur die Genossen desselben Standes waren vor dem Gesetz gleich.

Dieser Ungleichheit der Staatsangehörigen vor dem Gesetz machte also die Verfassung ein Ende, indem sie in

---

[1]) Das. § 6: „Personen, welchen vermöge ihrer Geburt, Bestimmung oder Hauptbeschäftigung gleiche Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft beigelegt sind, machen zusammen einen Stand aus."

Art. 4 erklärte: Alle Preußen — also nicht mehr bloß die Genossen eines besonderen Standes — sind vor dem Gesetze gleich, d. h. es soll vor dem Gesetz keinen Unterschied mehr machen, welchem Stand jemand angehöre, oder die Rechtsunterschiedenheit der verschiedenen Stände soll aufgehoben sein.

Wie dies in dem unmittelbaren Wortlaut dieses Artikels mit zwingender Notwendigkeit gegeben ist, so war es auch, wie jeder Mensch weiß, die Absicht der Verfassung, jenes Grundprinzip der ständischen Gesellschaft — die Rechtsunterschiedenheit der Stände — aufzuheben zugunsten des modernen Grundsatzes von der Rechtsgleichheit aller Bürger, nach welchem die faktischen Unterschiede von Stand, Beschäftigung usw. keine rechtliche Unterschiedenheit mehr nach sich ziehen sollen.

Nach der unleugbaren, notwendigen Gedankenkonsequenz des Art. 4 der Verfassung waren also allerdings bereits durch den ersten Satz: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich", die aus Standeseigenschaften hervorgehenden Rechtsunterschiede zwischen den Staatsbürgern und folglich auch die Unfähigkeit von Weibern anderer Stände zu einer Ehe mit einem adeligen Manne aufgehoben.

Der Art. 4 begnügt sich aber nicht einmal mit der impliziten Aufhebung der Standesvorrechte, wie sie aus der „Gleichheit aller Preußen vor dem Gesetz" von selbst folgt, sondern er fügt, diese hier entwickelte Folgerung mit eigenen Worten ziehend, ausdrücklich hinzu: „Standesvorrechte finden nicht statt."

Dieser ausdrücklichen Bestimmung entgegnet nun das Obertribunal (das. S. 181 fg.) mit folgenden Erwägungen: „Dergleichen allgemeine Axiome, wie sie die Verfassungs-

urkunde vielfach enthält, haben überhaupt, ihrer generellen Fassung wie ihrem Zwecke nach, mehr die Bedeutung, die leitenden Grundsätze für die künftige Gesetzgebung vorzuzeichnen, als sie sich schon selbst zur unmittelbaren Anwendung auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten eignen."

Diese Behauptung ist nicht nur eine vollständig sinnlose Erfindung, da jede Verfassung auch Gesetz sein will — und sich als solches ankündigt —, nur ein noch fundamentaleres und bindenderes Gesetz als die anderen Gesetze, und am wenigsten daher auf die einem jeden Gesetz einwohnende Eigenschaft verzichtet, vom Tage seiner Emanation ab zur „Anwendung zu kommen" und die ihm entgegenstehenden Bestimmungen älterer Gesetze zu beseitigen; sondern diese Behauptung verstößt auch geradezu gegen den Art. 109 der Verfassung, welcher, indem er alle der Verfassung zuwiderlaufenden Bestimmungen der Gesetzbücher und einzelnen Gesetze für außer Kraft gesetzt erklärt, dadurch bis zum Überfluß deutlich an den Tag legt, daß die Verfassung nicht eine Verheißung für „künftige Gesetzgebung", sondern eine unmittelbare Rechtswirklichkeit sein solle. Das Obertribunal fühlt dies auch selbst und mildert daher jene Behauptung durch das eingeschobene unklare „mehr", durch welches es aber eigentlich die ganze Behauptung wieder zurücknimmt, und ferner durch den noch deutlicher widerrufenden Fortgang des Satzes, welcher also lautet: „wenigstens darf dies (die unmittelbare Anwendung der Verfassung) immer nur mit großer Vorsicht zumal da geschehen, wo es sich fragt, ob durch dieselbe eine bisher bestandene besondere gesetzliche Vorschrift implizite für aufgehoben erachtet werden soll. Gerade vor einem derartigen Mißgriffe in der Anwendung hat der oben extrahierte Artikel 109 der Verfassung warnen (?) sollen."

Diese den Inhalt des Art. 109 in sein Gegenteil verbiegende Auffassung ist eine sehr schiefe. Mehr als das der Verfassung Zuwiderlaufende in den früheren Gesetzen konnte durch die Verfassung gar nicht aufgehoben werden. Wenn also der Art. 109 auch nicht in der Verfassung stünde, so würde durch dieselbe doch immer nur das ihr Zuwiderlaufende, keinesfalls mehr, aufgehoben sein. Wohl aber würde gerade dann das Obertribunal sicher nicht unterlassen hervorzuheben, es existiere kein Artikel der Verfassung, welcher besage, daß diese auch die nicht speziell aufgehobenen Bestimmungen der Gesetzbücher außer Kraft setzen solle. Wenn also der Art. 109 schon irgendeine „Warnung" in sich enthalten soll, so enthält er nur eine Warnung vor solchen Urteilen, wie das in Rede stehende.

Das Obertribunal fährt fort: „Dieser Auffassung steht die allgemeine Auslegungsregel: Lex posterior generalis non derogat priori speciali zur Seite."

Hier wird also ein gelehrter Anschein genommen! Aber leider beruht derselbe nur auf einer gänzlichen Verwirrung, auf einer höchst unglücklichen Verkennung der ersten Elementarsätze der Rechtswissenschaft.

Die wissenschaftliche Regel, auf die sich das Obertribunal bezieht, stammt aus dem römischen Recht[1]) und ist eine ganze richtige. Nur erleidet sie auf die vorliegende Frage auch nicht die geringste Anwendung.

Es wird dies am besten dadurch gezeigt werden, daß wir die Worte, in welchen Savigny diese Regel entwickelt

---

[1]) L. 80 de reg. jur. (50, 17): In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. L. 41 de poenis (48, 19) . . . nec ambiguitur, in cetero omni jure speciem generi derogare.

(System, Bd. I, § 42, Auslegung der Gesetze, S. 265), folgen lassen. Savigny zeigt daselbst, daß und weshalb ein späteres Gesetz, welches mit einem früheren in innerem Widerspruch steht, dieses frühere aufheben müsse. Der Grund dieser Regel, sagt er, liegt darin, daß ein solcher Widerspruch „zu der fortschreitenden Entwickelung des Rechtes gehört, so daß mit der Gründung der neuen Rechtsregel die wirkliche Vernichtung der älteren verbunden war" — „Durch diesen Grund aber," fährt er dann fort, „ist zugleich eine natürliche Beschränkung der erwähnten Regel gegeben. Wenn nämlich neben der älteren Regel eine Ausnahme derselben bestand, so ist die Aufhebung (sc. der Regel) nicht auch auf diese Ausnahme mit zu beziehen; vielmehr besteht die Ausnahme auch neben der neueren Regel fort, wenn sie nicht noch besonders aufgehoben ist."

Diese Regel hat also ihren Grund in der sehr einfachen Verstandesfolgerung, daß, wenn eine Regel aufgehoben wird, doch nur das in der Regel Enthaltene, keinesfalls aber das ihr sogar Entgegengesetzte — also die Ausnahme von ihr — aufgehoben sein soll.

Aber es muß bereits evident geworden sein, daß diese Regel überhaupt hier gar nicht zur Sprache kommen kann! Denn es verhält sich ja nicht so, daß im Allgemeinen Landrecht die Regel von der Rechtsgleichheit der Angehörigen der verschiedenen Stände aufgestellt worden wäre und das betreffende Eheverbot hiervon eine Ausnahme bildete, und nun jene Regel der Rechtsgleichheit von der Verfassung aufgehoben wäre! In diesem Falle, und nur in diesem Falle würde der vom Obertribunal angerufene Grundsatz, daß mit der Aufhebung der Regel die Ausnahme noch nicht aufgehoben sei, zur Anwendung kommen und das Eheverbot allerdings dann als fort-

bestehend zu erachten sein. Dieser Fall ist ja aber gerade der umgekehrte von dem wirklich vorliegenden, und in seinem Bestreben, sein Urteil durch Gründe zu motivieren, verwirrt sich das Obertribunal so erstaunlich, daß es einen Fall als vorliegend unterstellt, der von dem vorliegenden in dem Punkte das gerade Gegenteil ist.

Statt daß jenes Eheverbot im Allgemeinen Landrecht eine Ausnahme bildete, verhält sich die Sache vielmehr so: das Allgemeine Landrecht geht gerade, wie wir schon oben gezeigt haben, von der Regel, von dem Hauptgrundsatze der ständischen Rechtsungleichheit der Personen aus und stellt denselben, wie wir sahen, sofort in den ersten Paragraphen des ersten Titels „von Personen und deren Rechten überhaupt" als die organische Grundlage seiner Rechtsanschauungen hin (siehe oben S. 655 fg.). Von diesem Hauptgrundsatze der Rechtsungleichheit der Stände ist dann jenes Eheverbot nur eine Anwendung, keine Ausnahme! Als Anwendung der aufgehobenen Regel ist dies Verbot mit derselben zugleich aufgehoben und kann nicht durch die für die Ausnahmen von aufgehobenen Regeln bestehenden Grundsätze aufrecht erhalten werden! Sollte dem Obertribunal bei seiner Zitation: „Lex posterior generalis non derogat priori *speciali*", vielleicht das Stupende zugestoßen sein, vergessen zu haben, was der Römer unter einer „lex *specialis*" versteht, daß er nämlich nicht, wie man nach dem deutsch-lateinischen Ausdruck „speziell" freilich denken könnte, ein die allgemeinen Rechtsgrundsätze über eine Materie in ihren Einzelheiten genau ausführendes spezialisierendes Gesetz, sondern stets ein den in einem Rechtsgebiete bestehenden allgemeinen, generischen Grundsätzen derogierendes Gesetz versteht? Und selbst wenn das Obertribunal dies vergessen hätte, so

hätte es dies doch hinreichend aus Savigny entnehmen können, der in der Anmerkung c zum a. O. ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten fortfährt: „Man darf den hier als Beschränkung der Hauptregel aufgestellten Grundsatz nicht auf alle spezielle Bestimmungen des früheren Rechtes beziehen, sondern nur auf diejenigen, die den Ausnahmencharakter an sich tragen; also nicht auf solche spezielle Bestimmungen, welche selbst nur Folgerungen aus der früheren Regel waren."

Zu welch trauriger Sophistik sinkt also die Berufung des Königlichen Obertribunales auf jenen Auslegungsgrundsatz zusammen!

Bei alledem hat man inzwischen immer noch nicht erfahren, warum jenes Eheverbot nicht ein „Standesvorrecht" darstellen und also durch die dürren Worte des Art. 4 abgeschafft sein soll. Das Obertribunal geht dazu über, diesen Beweis zu erbringen. Standesvorrechte, sagt es, sollen allerdings nicht mehr stattfinden. Allein unter Standesvorrechte könne man unmöglich das Eheverbot des § 30 subsumieren, weil dasselbe „seinen Worten wie seinem Zwecke nach doch nur als eine Beschränkung (!!) des einzelnen adeligen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin aufgefaßt werden kann".

Dies also ist der Grund! Jene Unfähigkeit der Weiber des geringen Bürgerstandes, mit adeligen Männern eine gültige Ehe zu schließen, stellt gar kein „Standesvorrecht", sondern ja nur eine offenbare „Beschränkung" des adeligen Mannes dar, sagt das Obertribunal!

Ein späteres Urteil des Appellationsgerichtshofes zu Münster hat witzig darauf geantwortet: Wenn der § 30 eine Beschränkung des Adelstandes bilde, so genösse ja hierdurch der Bürgerliche ein Standesvorrecht vor

dem Adel; und da nach dem Art. 4 der Verfassung auch der Bürgerliche keine Standesvorrechte voraushaben soll, so wäre auch jene „Beschränkung“ aufgehoben. — Vielleicht hätte indes selbst das Obertribunal dennoch sehen können, daß jene „Beschränkung“ des „einzelnen adeligen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin“ gleichwohl ein Standesvorrecht des Adels bilde, wenn es dem Obertribunal gefallen hätte, auch an die Frauen zu denken, statt bloß von dem Manne zu sprechen. Denn in bezug auf die Frauen ist doch unbestreitbar, daß der § 30 den Frauen des Adel- und höheren Bürgerstandes, indem er ihnen ein ausschließendes Recht auf Schließung einer gültigen Ehe mit einem adeligen Manne auf Grund ihres Standes zuspricht, hierdurch ein Standesvorrecht vor den Frauen des geringen Bürger- und Bauernstandes einräumt. Und fast sollte man vermuten, daß, wenn die Verfassung erklärt, Standesvorrechte finden nicht mehr statt, dies ebensogut die Standesvorrechte des weiblichen, schöneren Geschlechtes wie des männlichen beseitigt! Und vielleicht sollte die Forderung einer so mäßigen Überlegung nicht als eine zu übertriebene Anforderung an einen obersten Gerichtshof erscheinen!

Offener noch als das Urteil des Obertribunals vom 24. November 1856 spricht sich das Obertribunalsurteil vom 25. November 1853 hierüber aus. Es nennt jenes Eheverbot nicht bloß eine „Beschränkung“ schlechtweg, sondern noch deutlicher: eine — — „bevorzugende Beschränkung“!! Es sagt ipsissimis verbis (Entsch., XXVI, 352 fg.): „Von einem Vorrecht des Adelstandes ist dabei nicht die Rede; sie enthalten vielmehr nur eine, auch mit Rücksicht auf die Stellung des Adels im allgemeinen, diesen bevorzugende Beschränkung für den einzelnen.“

Eine „bevorzugende Beschränkung" im Rechte — ist aber eben just das, was man ein Vorrecht zu nennen pflegt! Und wenn dasselbe auf Grund des Standes eingeräumt wird, ein Standesvorrecht!

Freilich spricht sich dieses letztere Urteil noch offener aus. Es sagt geradezu: „Der zweite Satz des Art. 4 spricht von Standesvorrechten; diese finden nicht mehr statt. Daß aber durch diese Bestimmung aller Unterschied der Stände habe aufgehoben werden sollen, läßt sich nicht annehmen. Der Unterschied der Stände besteht faktisch und rechtlich noch jetzt, und muß in jedem Staate, seine Verfassung sei welche sie wolle, bestehen, weil er von Verhältnissen der Erziehung, Bildung, Lebensart, Hauptbeschäftigung und des Vermögens abhängt."

Wenn das Obertribunal hier geradezu heraussagt, auch rechtlich bestehe der Unterschied der Stände noch fort, so hat es mit dieser bündigen Behauptung den Art. 4 der Verfassung überhaupt kassiert und kann dann natürlich sehr leicht zu dem gewünschten Resultat kommen. Die faktischen Unterschiede der Erziehung, Bildung, des Vermögens bestehen allerdings noch fort. Diese sind aber überhaupt keine durch das Recht gesetzte. Das Recht hat nichts dagegen, daß einer so gebildet, so reich, so schön sei und sich für so vornehm halte, wie er wolle. Das Vorrecht im juristischen Sinne entsteht erst, wenn jenen faktischen Unterschieden auch im Rechte ein bevorzugender Ausdruck gegeben wird. Dies also, daß jene faktischen Unterschiede der Geburt usw. auch einen Unterschied in den Rechten der Personen nach sich ziehen, zu rechtlichen Unterschieden befestigt werden sollen — dies ist es, was der Art. 4 ausschließt und verneint.

Wenn also das Obertribunalsurteil vom 25. November 1853 geradezu sagt, auch im Rechte bestehe der faktische Unterschied der Stände noch fort und müsse in jedem Staate fortbestehen, weil die faktischen Unterschiede fortexistierten, so ist dieser Grund eine Gedankenlosigkeit, weil die Fortexistenz der faktischen Unterschiede von Geburt, Beschäftigung, Bildung, Vermögen usw. nicht in sich einschließt, daß dieselben auch eine rechtliche Unterschiedenheit nach sich ziehen müssen, vielmehr der Gedanke der mit der Französischen Revolution von 1789 eingetretenen modernen Gesellschaft und aller seitdem in dieser Richtung entstandenen Verfassungen gerade der ist, daß jene faktischen Unterschiede, unbeschadet ihrer rein faktischen Fortexistenz, keine Rechtsunterschiedenheit nach sich ziehen sollen. Die Behauptung selbst aber, der Unterschied der Stände bestehe auch rechtlich noch fort und müsse fortbestehen, stellt auf das offenste nichts Geringeres dar, als eine vom Obertribunal vorgenommene Fortrevidierung des Art. 4 aus der oft revidierten Verfassung!

Das andere Urteil (vom 24. November 1856) vermeidet daher die Ungeschicklichkeit, offen zu erklären, daß der „Unterschied der Stände rechtlich noch jetzt bestehe", obschon natürlich der Sache nach seine Argumentation auf denselben Satz hinausläuft.

Es kommt daher gleichfalls schließlich auf die Betrachtung (das. S. 186), daß durch jenes Eheverbot nur auf den „nicht wegzuleugnenden Unterschied der Stände hingedeutet" werde, und knüpft hieran als letzten und entscheidenden Beweis eine andere Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes parallelisierende Betrachtung. So bestimme z. B. der § 701, T. II. T. 1, des Allgemeinen Landrechtes: „Wegen bloß mündlicher Belei-

digungen, ingleichen wegen geringer Tätlichkeiten sollen Eheleute gemeinen Standes nicht geschieden werden."

„Daß nun," fährt das Obertribunal fort, „auch diese Bestimmungen durch die angerufenen Grundsätze des Art. 4, a. a. O., aufgehoben wären, ist wohl ernstlich niemals behauptet worden; und doch stehen sie insofern mit dem Eheverbote des § 30, a. a. O., in der Tat auf gleicher Höhe." (!!!)

Wie es etwa einem leidenschaftlichen Musikus einen heftigen Nervenschmerz verursacht, wenn ein ganzes Quartett von falschen Quinten auf einmal auf ihn eindringt, so müssen, glauben wir, die angeführten Worte einen ähnlichen Eindruck auf jeden Juristen hervorbringen.

Schwere Beleidigungen sind ein Ehescheidungsgrund (Allgemeines Landrecht, § 700 daselbst). Das Dasein einer Beleidigung aber, und respektive die Schwere derselben, hängt von faktischen Umständen, wie dem animus des Beleidigers usw. ab.

Da die Frage, ob eine Beleidigung vorliege — und ferner eine Beleidigung, schwer genug, um eine Ehe zu trennen —, keine Rechtsfrage, sondern eine faktische Frage ist, so muß es dabei also eben auf alle faktischen Umstände, und somit auch auf die Bildungsverhältnisse der betreffenden Personen ankommen. Dasselbe Schimpfwort z. B., welches, von einem hohen Staatsbeamten gegen seine Frau ausgestoßen, bereits einen sehr beleidigenden animus bekunden, eine sehr schwere Beleidigung darstellen würde, würde im Munde eines Tagelöhners, bei dessen ganz anderen Bildungsverhältnissen und Lebensgewohnheiten, noch nicht im geringsten einen solchen animus zu beweisen brauchen. Dieser faktische Unterschied der Bildungsverhältnisse und Lebensgewohnheiten

ist es, welchen der § 701 hat hervorheben wollen, indem er ihn als einen Unterschied der Standesverhältnisse ausdrückt, mit denen er in der Regel zusammenfällt. Die Einwirkung dieses faktischen Unterschiedes ist aber, weil hierbei eben eine rein faktische Frage vorliegt, so selbstredend und an und für sich durch die juristische Natur der Sache geboten, daß sie ganz ebensosehr rechtlich stattgefunden hätte, wenn der § 701 gar nicht existierte. Der Code Napoléon ist z. B. eins jener Gesetzbücher, welches — obgleich dies das Obertribunal in einem früher angezogenen Motiv für „unmöglich" erklärt — einen rechtlichen Unterschied der Stände gar nicht anerkennt. Das Ehescheidungsgesetz des Code Napoléon enthält auch nicht im geringsten abweichende Vorschriften für die Eheleute der verschiedenen Stände. Nichtsdestoweniger ist es den französischen Tribunalen noch niemals eingefallen, in den auf schwere Beleidigungen gestützten Ehescheidungsklagen zwischen einem Deputierten und seiner Frau und zwischen einem Holzhauer und seiner Frau die Beleidigungen mit demselben Maßstab bemessen zu wollen.

Die französische Jurisprudenz hat, da hier eine faktische Frage, nicht, wie bei dem landrechtlichen Eheverbot, eine Rechtsfrage, vorlag, von selbst feststellen müssen, daß alle auf dieselbe influierenden tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die für das Dasein einer beleidigenden Absicht und ihrer Schwere maßgebenden Umstände der Bildung usw., die richterliche Beurteilung entscheiden müßten.

Mit dieser rein faktischen Frage erklärt das Obertribunal die reine Rechtsfrage jenes landrechtlichen Eheverbotes für „auf einer Linie stehend"!! Das Obertribunal faßt also die Bestimmung des § 701, statt

als eine aus der entwickelten Natur der Sache herfließende, wie es scheint, so auf, als habe der Gesetzgeber dadurch dem Bauer und Arbeiter ein Standesrecht gründen wollen, die Frau zu prügeln und zu schimpfen!

Will man einmal die Bestimmung des § 701 in diesem Sinne auffassen, so würde dann aus der Allegierung derselben auch nichts anderes folgen, als daß sie gleichfalls durch den Art. 4 aufgehoben wäre.

Dies sind ihrer Substanz nach die Gründe, auf welche hin das Obertribunal jene Erkenntnisse basiert hat. — Und auf diese — Gründe hin hat man Ehen für nichtig erklärt, Kinder um die ihnen zukommende Legitimität gebracht, Erbteile aberkannt, kurz, gerade der Vorwürfe sich schuldig machend, die man in der Regel mit Abscheu nur gegen die äußersten revolutionären Richtungen, insbesondere den Kommunismus, zu schleudern pflegt, Familie und Eigentum aufgehoben.

Zugleich hat sich durch die Ausführungen des gegenwärtigen Abschnittes ein deutlicher Beitrag zu dem ergeben, was wir in der Einleitung (S. 94 fg.) über die politische Geschichte des Rückwirkungsbegriffes gesagt haben, ein Beitrag von Interesse zur Physiologie bestimmter historischer Perioden und Erscheinungen. Es muß nämlich aus dem Vorigen klar sein, wie das Königliche Obertribunal in bezug auf jene Urteile sehr präzis als der umgekehrte Konvent bezeichnet werden könnte. In der Tat hat das Obertribunal nicht das Gegenteil, sondern das Umgekehrte von dem getan, was wir den Konvent vollbringen sahen. Während der Konvent dem neuen Gesetze Rechtsverbindlichkeit gab, aus dem bloßen, in Handlungen ausgedrückten Rechtsbewußtsein des Volkes heraus, von einer Zeit an, wo man zweifelhaft sein konnte, ob dasselbe bereits zur rechtlichen Wirklichkeit

gediehen war, verweigert das Obertribunal dem neuen Rechtsbewußtsein, selbst nachdem dasselbe in ausdrücklichen Worten vom Gesetzgeber verkündet und zum Gesetz erklärt worden ist, das rechtliche Dasein und läßt die alten Gesetze trotz ihrer gesetzlichen Abschaffung noch fortbestehen — ein Reaktionskonvent im Gegensatz zum französischen Revolutionskonvent!

VI. Das Erbrecht in formell-juristischer Hinsicht.

Fast in noch höherem Grade als in den meisten anderen Rechtsgebieten sind im Erbrecht irrige Ansichten über die uns beschäftigende Lehre verbreitet. Sie sind gerade durch Savignys Theorie zu festerer Konsistenz gelangt, und dies hat einen hauptsächlichen Grund darin, daß auch Savigny, obwohl er (VIII, 481 fg.) den früheren Autoren mit Recht vorwirft, daß sie nicht genug unterscheiden zwischen den Veränderungen, welche in den tatsächlichen Verhältnissen, und denen, welche durch neue Gesetze eintreten können, dennoch nicht nur den Unterschied zwischen beiden Arten von Veränderungen nirgends klar legt, sondern selbst in den Fehler dieses Nichtunterscheidens in gleich hohem Maße als die früheren Autoren verfiel.

Indes ist dies bei weitem nicht die einzige Ursache der Irrungen, und es erscheint daher angemessen, hier in möglichster Kürze die hauptsächlichsten, aus unserer Theorie fließenden und den Savignyschen Ansichten entgegengesetzten Resultate zusammenzustellen. Wir werden dabei von selbst im Verlauf näher auf das eigentliche Wesen des Erbrechtes eingehen müssen, und hier den oben (§ 2, A.) versprochenen Nachweis zu erbringen haben.

A. Rechtliche Natur des Testamentes.

Die bisherige, auch von Savigny, a. a. O., S. 447 fg., hierüber entwickelte Lehre lautet: Jeder Testator sei anzusehen als handelnd in zwei verschiedenen Zeitpunkten,

dem Zeitpunkt, in dem er das Testament errichtet, und in dem Augenblick des Todes, worin er das früher errichtete Testament unverändert hinterläßt. Das erste könne man die faktische Tätigkeit, das zweite die juristische Tätigkeit des Testators nennen. Nur das Produkt der zweiten Tätigkeit könne und solle wirken; das der ersten bleibe in der ganzen Zwischenzeit meist unbekannt, immer unwirksam.

Diese Lehre stellt sich gewiß auf den ersten Blick als ganz unverfänglich und richtig dar. Dennoch leidet sie an einem Mangel an Genauigkeit, der, wie geringfügig er auch zunächst erscheint, sich dennoch zu wesentlich irrigen Folgerungen treibt. Es schleicht sich nämlich dabei innerlich die Auffassung ein, wenn dieselbe auch nicht in alle ihre Konsequenzen hinein festgehalten wird, als wäre jene erste faktische Tätigkeit eine nur vorbereitende, an sich unwirksame, und nur die zweite Tätigkeit dagegen diejenige der juristischen Vollziehung[1]), wie übrigens auch ausdrücklich in den schon angeführten Worten Savignys hervortritt, daß „nur das Produkt der zweiten Tätigkeit wirken kann und soll", während das der ersten immer unwirksam bleibe. Welche irrige Folgen sich nach entgegengesetzten Seiten hin hieraus entwickeln müssen, werden wir bald sehen. Zunächst handelt es sich darum, die Ungenauigkeit dieser Auffassung und die Art dieser Ungenauigkeit zu konstatieren. Dieselbe wird sich aber nicht leugnen lassen. Denn wollte man die erste

---

[1]) Wie dies noch deutlicher in der Ausdrucksweise Bornemanns zutage tritt, welcher (a. a. O., S. 46) die erste Tätigkeit als die „faktische Feststellung" (also etwa als den demonstrativen Inhalt des Testamentes) der zweiten als der die „juristische Gültigkeit" verleihenden entgegenstellt.

Tätigkeit wirklich als eine bloß faktische und vorbereitende festhalten, so würde bei strenger Konsequenz schon dies eintreten, daß jedes rechtliche Verhältnis zur Zeit dieser bloß faktischen Tätigkeit und Feststellung gleichgültig sein und also das von einem Unmündigen oder Wahnsinnigen oder einem deportatus gemachte Testament gültig sein müßte, wenn der Testator nur zur Todeszeit, als der der juristischen Vollziehung, mündig, bei Vernunft oder wieder mit der testamentifactio bekleidet war, wie es in der Tat gleichgültig wäre, ob ein Akt von einem Unmündigen, Wahnsinnigen oder Unfähigen angefertigt worden, wenn letzterer nur zur Zeit der Unterschrift, als der formellen Vollziehung des Aktes, wieder bei Verstande oder Fähigkeit war; oder wie es etwa, um ein noch näher liegendes Beispiel zu gebrauchen, für die formlose und in der Tat eine bloß faktische Tätigkeit darstellende Errichtung eines römischen Fideikommisses gleichgültig ist, ob der Verfügende zu dieser Zeit deportiert ist, wenn ihm nur in dem Augenblicke, wo er stirbt, die testamentifactio beiwohnt[1]).

Ebenso müßte eigentlich für die bloß faktische Tätigkeit der Feststellung jede Förmlichkeit, die doch nur zur Seite der juristischen Gültigkeit gehört, gleichgültig und einflußlos sein. Es müßte also bei äußerster Konsequenz sogar jedes testamentum imperfectum Geltung haben, da es als ein solches aufzufassen wäre, das durch den Tod seine juristische Vollziehung erlangt habe. Und jedenfalls würde die zur Zeit der bloß faktischen Tätigkeit beobachtete, dem damaligen Gesetze entsprechende Form des Testamentes einflußlos sein und dieses nicht schützen können, wenn sie nicht den zur Zeit der „juri-

---

[1]) Siehe oben S. 468 fg.

stischen Tätigkeit" des Testators, also zur Todeszeit geltenden Formgesetzen entspräche[1]).

Von alle diesem gilt nun aber das Gegenteil. Die Testamente, welche von Unmündigen, Wahnsinnigen und Deportierten angefertigt wurden, werden nicht gültig, wenn die Testatoren auch zur Zeit des Todes Mündigkeit, Vernunft und Zivität wiedererlangt haben, und ebensowenig wird ein Testament ungültig, wenn es den gesetzlichen Formalitäten zur Zeit des Todes nicht entspricht, sofern es nur diejenigen zur Zeit seiner Errichtung beobachtet hat. Auch verfällt man nicht in so grobe Irrtümer, sondern ist in den bisher angeführten Fällen der richtigen, mit den positiven Gesetzen[2]) übereinstimmenden Ansicht. Allein man ist dies nur, indem man dabei jene Theorie, die, wie gezeigt, zu den entgegengesetzten Resultaten führen müßte, höchst inkonsequent im Stich läßt. Indem man dieselbe aber in anderen Fällen besser festhält, wird man durch sie auch zu großen praktischen Irrtümern verleitet.

Die Unrichtigkeit der bisherigen Theorie besteht also, wie wir sehen, darin, daß das Testament in zwei getrennte Seiten und Tätigkeiten, eine faktische und eine juristische, zerrissen wird, von denen die eine nur zur Zeit der Testamentsanfertigung, die andere nur zur Zeit des Todes eintrete, während doch das Testament schon zur Zeit der

---

[1]) Wie Savigny, S. 448, dazu kommt, die faktische Tätigkeit mit der Form des Testamentes, und die juristische Tätigkeit mit dem Inhalt desselben ohne weiteres als identisch zu setzen, ist gar nicht abzusehen. Die zivilrechtlichen Formalitäten, welche für die Gültigkeit von Testamenten erforderlich sind, gehören doch offenbar und vor allem zur streng juristischen Seite und Tätigkeit des Testators.

[2]) § 1 Inst. quibus non est perm. (2, 12). L. 2; L. 6, § 1; L. 20, § 4, qui test. (28, 1); L. 8, § 3, de j. cod. (29, 7); L. 1, §§ 8, 9, de b. p. sec. tab. (37, 11) etc.

Anfertigung ein beide Seiten in sich schließendes Ganzes ist, was unleugbar darin hervortritt, daß schon zu dieser Zeit Rechtsfähigkeit des Testators vorhanden sein muß, wenn das Testament gültig sein soll, und daß die ihm zu dieser Zeit gegebene juristische Form trotz neuer Gesetze über Testamentsförmlichkeiten ihre Gültigkeit behält.

Das Testament ist also vielmehr schon bei seiner Errichtung eine Einheit von beiden Tätigkeiten[1]).

[1]) Von hier aus erst ergibt sich das innere Verständnis der Einheit der Handlung, welche das römische Recht für die Anfertigung des Testamentes verlangt. Wenn die Testamentserrichtung eine bloß faktische Tätigkeit und Feststellung wäre, so würde es gleichgültig sein, ob die erforderliche Form stückweise und in beliebigen Intervallen an dem Testament entstanden ist, wenn sie nur zur Zeit des Todes an demselben vorhanden ist. Wenn also nur die Unterschrift und Siegel des Testators und der sieben Zeugen zur Zeit des Todes am Testamente da sind, so müßte es gleichgültig sein, ob dieselben an sieben verschiedenen Tagen an das Testament gesetzt worden sind. Umgekehrt schreiben die römischen Gesetze die Notwendigkeit der einheitlichen Handlung (uno eodemque tempore) vor, s. § 3 Inst. de test. ord. (2, 10); L. 21 C. de test. et quemadm. (6, 23), und L. 23, § 3, qui test. facere poss. (28, 1). Was hierin liegt, ist, daß es nicht hinreicht, wenn zur Zeit des Todes die erforderliche Form an dem Testamente ist, sondern, daß schon bei der Anfertigung jedes bestimmte Testament diejenige juristische Form empfangen muß, die zur Zeit des Todes zur Gültigkeit für dasselbe erforderlich sein wird. (Wir machen hier ausdrücklich darauf aufmerksam, wie durch diese Ausdrucksweise die Frage nach dem Einfluß eines Gesetzwechsels über Testamentsförmlichkeiten nach keiner ihrer beiden Seiten hin präjudiziert wird.) Denn wäre die Unterschrift des Testators und der Zeugen z. B. in sieben verschiedenen Zeiträumen erfolgt, so wäre zwar am Produkte der Testamentstätigkeit zur Zeit des Todes die Form da, aber man könnte von keinem dieser sieben An-

Näher noch tritt die Ungenauigkeit jener Theorie heraus, wenn man ihr in positiver Weise die richtige Theorie

---

fertigungsmomente sagen, auch nicht von dem letzten, daß in demselben das Testament die erforderliche juristische Form erhalten habe. Das Testament wäre vielmehr, obwohl als Produkt mit der Form versehen, doch in bezug auf seine Anfertigung in formloser Weise entstanden. Es soll aber schon die Handlung seiner Errichtung eine juristisch-formelle, oder, was dasselbe ist, das Testament soll nicht bloß zur Zeit des Todes, sondern schon zur Zeit der Anfertigung Produkt einer juristischen Tätigkeit sein. Dies ist die innere Notwendigkeit, vermöge welcher die Einheit der Handlung, die Unterschrift und Signatur des Testators und der sieben Zeugen zu ein und derselben Zeit und ohne Dazwischenkunft eines anderen Aktes gefordert wird. Das Diktieren oder Niederschreiben des Testamentes aber, weil dies in der Tat eine bloß faktische, die Testamentsvollziehung nur vorbereitende Tätigkeit ist, ist nicht in diese Einsicht der Handlung eingeschlossen, sondern kann ihr vorhergehen und in beliebig viele Zeitabschnitte zerfallen. [L. 21 C. de test. (6, 13): superfluum est, uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet uno eodemque die nullo actu interveniente testes omnes videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum etc.] Erst die in der Unterschrift vor sich gehende Vollziehung des Testamentes stellt den juristischen Akt des Testierens dar, für den jene Einheit der Handlung nötig, wenn das Testament nicht vitiiert sein soll. — Noch handgreiflicher ist bei den alten Testamentsformen calatis comitiis und per aes et libram die juristische Tätigkeit in der Testamentserrichtung, welche hier sogar ganz im Vordergrund steht. Bei dem Testament per aes et libram tritt die juristische Tätigkeit und die faktische Feststellung, welche beide in der Testamentserrichtung enthalten sind, deutlich in zwei getrennte Momente auseinander: in die Manzipation, welche die erste, und in die nuncupatio testamenti, welche die zweite darstellt.

gegenüberstellt. Diese würde folgendermaßen lauten: Das Testament ist ein für sich fertiger und abgeschlossener[1]) Akt einer ebenso juristischen als faktischen Tätigkeit, welche feststellt, was nach dem Willen des Testators nach seinem Tode mit der Erbschaft geschehen soll. Dieser Akt ist an sich zur Wirksamkeit bestimmt, was dadurch nicht behindert wird, daß sie nach dem Willen des Testators erst mit seinem Tode eintreten soll. Außer dieser Zeitbestimmung behält sich der Testator aber noch jede Änderung seiner Willensverfügung bis zum letzten Lebenshauche vor. Das Testament wird daher nur wirksam, wenn es nicht widerrufen wird. Da dieser Widerruf usque ad extremum spiritum vitae vor sich gehen kann, so ist der ohne solchen Widerruf eingetretene Tod zu deuten als ein im letzten Lebensaugenblick erfolgter bestätigender Willensakt, als eine Konfirmation des Testamentes[2]). Dieser

[1]) Hierin liegt ein Hauptunterschied von der Savignyschen Theorie, welche die Tätigkeit zur Zeit des Todes zu einem Teil des Testamentes selbst macht und das Testament daher, wie etwa die Usukapion, mit welcher Savigny daher auch (a. a. O., S. 449) dasselbe vergleicht, gleichsam erst durch den Ablauf des Lebens beendet werden läßt. „*Finem* autem testamenti", sagen dagegen die Kaiser Theodosius und Valentinianus in der zuletzt angezogenen L. 21 C. de test. (6, 23), „subscriptiones et signacula testium esse decernimus."

[2]) Die in dem Nichtwiderruf bis zur Zeit des Todes liegende Konfirmation kann daher auch andere Willensverfügungen als Testamente bestätigen, z. B. die während der Ehe verbotenen Schenkungen zwischen Mann und Frau; s. L. 25 C. de donationib. int. vir. et ux. (5, 16), welche durch das silentium donatoris konfirmiert werden sollen. — Ja, diese confirmatio wirkt sogar nach dieser justinianeischen Verordnung, wenn die Schenkung nicht die quantita legitima überschritt, oder, falls sie dies tat, mindestens insinuiert war, nicht erst von der Zeit des Todes, sondern schon vom Tage der Donation ab, wie eine Ratihabition.

Konfirmationsakt ist gleichfalls wie das Testament selbst eine ebenso rechtliche wie faktische Tätigkeit. Eine faktische, da er ein Dasein des Willens des Testators darstellt. Eine rechtliche, indem der Testator auch noch die Rechtsfähigkeit und Befugnis zu dieser Konfirmation besitzen muß, um dieselbe wirksam zu erteilen. (Hieraus fließt also die Notwendigkeit, daß auch im Augenblick des Todes testamentifactio und persönliche Rechtsfähigkeit überhaupt da sei und der Inhalt des Testamentes noch rechtlich erlaubt sei.) Nur in bezug auf ihre äußere formelle Natur ist diese Konfirmation, da sie in einer Unterlassung besteht, notwendig eine formlose.

Aus diesen Sätzen entwickeln sich daher nun von selbst folgende Konsequenzen:

B. Form des Testamentes.

Da die Konfirmation eine formlose ist, so kann es also nicht darauf ankommen, ob das Testament die größeren zur Zeit des Todes, als der Zeit der bloßen Konfirmation, erforderlichen Testamentsförmlichkeiten erfüllt, wenn es nur den zur Zeit seiner Errichtung für Testamente bestanden habenden Formvorschriften entspricht.

Umgekehrt: Ob die Förmlichkeiten eines Aktes hinreichen, um ihm durch Konfirmation Wirksamkeit zu erteilen, ist eine Frage, die natürlich notwendig bejaht werden muß, wenn der Akt nur den Formen entspricht, welche die Gesetze zur Zeit der Konfirmation für Akte seiner Art zur Gültigkeit derselben fordern. Und folglich muß auch das Testament, welches nur die zur Zeit des Todes gesetzlich nötigen Solennitäten erfüllt, formell gültig sein.

Wir haben also hier aus der rechtlichen Natur des

Testamentes heraus dieselben beiden Gesetze entwickelt, welche wir oben (§ 11) auf einem anderen Wege aus dem Begriffe der Nichtrückwirkung abgeleitet haben, und die gegenseitige Bestätigung ist eine vollkommene. Es zeigt sich hierbei zugleich, wie tief es im innersten Wesen der Sache beruhte, wenn positive Gesetze so häufig die Konvaleszenz der Testamente durch die geringere Förmlichkeiten erheischenden Gesetze zur Zeit des Todes ausgesprochen haben (s. oben S. 504—508).

Es wird jetzt auch klar sein, wie die irrige Auffassung der Natur des Testamentes in der Savignyschen Theorie notwendige Ursache davon ist, daß Savigny sich gegen diese Konvaleszenz der Testamente aussprechen und daher auch den § 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht ungerecht behandeln muß (Savigny, a. a. O., S. 409 fg. und 476). Wir haben nämlich bereits gezeigt, daß nach der Savignyschen, das Testament in eine bloß faktische Tätigkeit zur Zeit der Errichtung und in eine bloß juristische Tätigkeit zur Zeit des Todes zerlegenden Theorie bei wahrhaft logischer Konsequenz die Form des Testamentes immer nur nach dem Gesetz zur Zeit der juristischen Tätigkeit, also gerade zur Zeit des Todes beurteilt werden müßte, weil die Solennitäten der Form schlechterdings zur streng-juristischen Tätigkeit des Testators gehören[1]). Allein daß eine solche Form schlechter-

[1]) S. oben. — So wiederholt Savigny auch noch S. 466: „Die Form gehört ganz zur faktischen Seite des Testamentes." Savigny scheint sich, indem er dies schreibt, die Frage innerlich so zu denken: „Ist die erforderliche Form vom Testator beobachtet worden?" Dies wäre freilich eine faktische Frage. Aber so gefaßt wäre alles eine faktische Frage, z. B. auch diese: Hat der Testator testamentifactio gehabt? oder: Hat der Testator in inhaltlich erlaubter Weise testiert? Die Fragen stehen vielmehr so: Ist die bestimmte conditio des

dings nicht aufgestellt werden konnte, lag auf der Hand, weil es nicht möglich ist, im Augenblick des Todes Solennitäten vorzunehmen. Und da nun einmal in dieser Theorie die bei dem Testament obwaltende faktische und juristische Tätigkeit in zwei getrennte Zeitmomente auseinander gerissen und die juristische Tätigkeit des Testamentes nur in die Zeit des Todes verlegt wird (statt die dann stattfindende Tätigkeit als eine außerhalb des Testamentes als solchem liegende besondere Konfirmation von wiederum ebenso juristischer als faktischer Natur aufzufassen), so blieb nichts übrig, als die Form — der faktischen Tätigkeit zuzuteilen. Und da diese ebenso nur zur Zeit der Anfertigung stattfindet, so war durch diese Trennung der Momente jeder Einfluß des erleichternden und noch vor dem Tode des Testators erscheinenden Gesetzes in bezug auf die Form des Testamentes ausgeschlossen. Obgleich es doch auch ohne jede tiefere theoretische Betrachtung hätte einleuchten sollen, daß es eine merkwürdige Forderung an den Testator ist, ein Testament, welches den formellen Ansprüchen des heutigen Gesetzes entspricht, aufzuheben und ganz in denselben Formen wie jenes noch einmal zu machen, bloß weil das Testament nach dem untergegangenen Gesetze zur Zeit seiner Anfertigung formelle Mängel darbieten würde, ein Gesetz, welches für die Akte, die erst nach seiner Aufhebung zivile Verbindlichkeit erlangen, nicht mehr maßgebend sein kann.

Testierenden eine solche, der nach dem Gesetz testamentifactio zukommt? — Sind die beobachteten Formen nach Zivilrecht zur Gültigkeit für den Testamentsakt ausreichend? — Sind diese gegebenen Dispositionen erlaubt? — Und dies sind Rechtsfragen und die entsprechenden Seiten rechtliche Seiten der Sache. Faktisch ist an dem Testament nur der Willensinhalt des Testators.

Aus den obigen Sätzen über die rechtliche Natur des Testamentes entwickeln sich nun ferner nachstehende Folgerungen in bezug auf die

C. Persönliche Fähigkeit des Testators rücksichtlich seiner Rechtsverhältnisse,

und zwar:

a) bei faktischen Veränderungen dieser Rechtsverhältnisse unter gleichbleibendem Gesetz.

Die testamentifactio und die Vermögensfähigkeit sind bekanntlich erforderlich zu beiden Zeiten, zur Zeit des Testamentes und zur Zeit des Todes[1]). Wenn also ein peregrinus oder ein filiusfamilias ein Testament gemacht hat, so bleibt dasselbe ungültig, wenn auch zur Zeit des Todes der peregrinus zur Zivität gelangt, oder der filiusfamilias bereits emanzipiert ist.

Aus unserer Theorie des Testamentes entwickeln sich diese Folgerungen von selbst und mit Notwendigkeit; denn da nach uns die Tätigkeit des Testators sowohl zur Zeit des Testamentes als zur Zeit der Konfirmation (des Todes) eine juristische Tätigkeit ist, so ist selbstredend auch zu beiden Zeiten diejenige juristische Fähigkeit zu derselben bei ihm erforderlich, welche das zur Zeit des Todes geltende Gesetz für letztwillige Verfügungen als notwendig anerkennt. Sonst liegt entweder — wenn die Fähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung fehlt — gar kein Produkt eines in dieser Hin-

---

[1]) Vgl. Ulpian, L. 1, § 8, de b. p. sec. tab. (37, 11): Exigit Praetor, ut is cujus bonorum possessio datur utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum moritur. L. 6, § 12, de injusto (28, 3). Ulpian, Fragm., XXIII, § 6. Gajus, II, § 147.

sicht Willensfähigen vor, und die Konfirmationstätigkeit zur Zeit des Todes findet daher gar nichts vor, was sie bestätigen könnte, oder — wenn die Fähigkeit zur Zeit des Todes fehlt — so ist der Testator zur Konfirmation nicht befugt und das Testament ist deshalb unwirksam. Und, was wohl beachtet werden muß, beidemal ist der Mangel des Testamentes ein solcher, welcher vom Standpunkt des gegenwärtig geltenden Gesetzes selbst stattfindet.

Auch Savigny, a. a. O., S. 451 fg., stimmt damit überein, daß testamentifactio und Vermögensfähigkeit in beiden Zeitpunkten vorhanden sein müssen. Allein er nimmt dies nur aus der römischen Lehre tatsächlich auf, ohne es irgendwie aus seiner Theorie des Testamentes ableiten oder auch nur irgendwie mit ihr vereinbaren zu können. Vielmehr steht seine Theorie damit im bestimmtesten Widerspruch, den es wichtig ist, hervorzuheben. Wenn nämlich die Tätigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung eine rein faktische Tätigkeit ist, wie nach Savigny der Fall, so wird sich niemals absehen lassen, warum schon zur Zeit dieser bloß faktischen Tätigkeit die erst der juristischen Tätigkeit entsprechenden juristischen Qualitäten der testamentifactio und Vermögensfähigkeit erforderlich sein sollen. Beide müßten vielmehr dann lediglich zur Zeit des Todes nötig sein. Savigny kommt daher hierbei in eine solche Verlegenheit. daß er, statt die Notwendigkeit jener beiden Bedingungen für beide Zeitpunkte aus seiner Auffassung des Testamentes zu entwickeln, vielmehr nur sagt (S. 453): Diese beiden Bedingungen der Testamentsfähigkeit (testamentifactio und Vermögensfähigkeit) kommen darin überein, daß sie gleich nötig sind für beide Zeitpunkte, die Zeit des Testamentes und Zeit des Todes, welches soviel

sagen will, als daß dieselben sowohl zur faktischen als zur juristischen Tätigkeit im Testament gerechnet werden müssen!" Also weil diese rechtlichen Fähigkeiten auch zur Zeit des Testamentes vorhanden sein müssen — was Savigny, der es theoretisch beweisen sollte, nur als einen gegebenen festen Punkt aus der römischen Lehre aufnimmt —, macht er den ungeheueren logischen Sprung, daß sie deswegen zur faktischen Tätigkeit im Testament gehören, während es umgekehrt seine Aufgabe gewesen wäre, zu zeigen, daß, weil sie zur faktischen Tätigkeit gehören, sie deshalb in beiden Momenten dasein müssen. Aber dieser salto mortale zeigt bloß, wie absolut die logische Unmöglichkeit ist, rechtliche Fähigkeiten zur faktischen Tätigkeit im Testament rechnen zu wollen.

b) bei geändertem Gesetz unter gleichbleibenden faktischen Verhältnissen.

Wenn Savigny das Prinzip für die faktische Veränderung in den Rechtsverhältnissen des Testators der römischen Lehre entlehnt, ohne es irgend mit seiner Testamentstheorie in Verbindung bringen zu können, so verfällt er nun weiter — und mit ihm die anderen Autoren[1] — in den großen Irrtum, die durch einen Gesetzwechsel

[1]) Ebenso die Franzosen, siehe z. B. Chabot, II, 438 fg.; Merlin, Rép. de Jurisprud. v⁰ Effet rétroact., Sect. 3, § 5, No. 3, p. 590, und v⁰ Testament, Sect. 1, § 6. — Nur Meyer, Principes sur les questions transitoires, trifft hierin das Richtige. Sein Beweis aber ist schlechter als gar keiner. Denn einerseits sucht er nur in höchst oberflächlicher Weise die regula Catoniana zu widerlegen, die aber hier überhaupt gar nicht in Betracht kommt; andererseits stützt er sich, als auf seinen positiven Beweis, auf die Bestimmungen über das Testamentum militare, die aber, wie schon Merlin am zuerst ange-

geänderte Fähigkeit des Testators ganz ebenso behandeln zu wollen, als die durch einen Wechsel in den faktischen Verhältnissen geänderte. Auf derselben Seite (S. 461) warnt zwar Savigny selbst, nur mit „Vorsicht und Unterscheidung" Gebrauch zu machen von der Analogie der Regeln bei der faktischen Veränderung für die rechtliche Veränderung. Gleichwohl unterscheidet er daselbst gar nicht zwischen beiden Arten der Veränderung, versucht aber auch ebensowenig zu zeigen, warum etwa die durch faktische Umstände und die durch Gesetzwechsel hervorgebrachte Veränderung in der Testamentsfähigkeit von derselben juristischen Natur und Wirkung sein soll, sondern stellt (S. 461 fg.) nur eben die ganz unvermittelte Behauptung hin, daß es sich hierbei in dem einen Falle verhalten müsse, wie in dem anderen. Nach ihm soll also ein von einem peregrinus gemachtes Testament, wenn auch während seines Lebens durch ein Gesetz allen Peregrinen die Testamentsfähigkeit zuerkannt wird, ebenso ungültig bleiben, wie es z. B. das Testament des Deportierten bleibt, wenn dieser auch später die Zivität wieder zurückerlangt, oder des filiusfamilias, wenn dieser vor seinem Tode emanzipiert worden.

Was uns betrifft, so haben wir in § 10 (s. S. 461 bis 492) in systematischer Weise den gedankenmäßigen und

---

führten Orte gezeigt hat, durchaus das nicht sagen, was Meyer sie sagen läßt, und endlich ruft er ein Urteil des Pariser Kassationshofes vom 28. Germinal XI und des Turiner Appellhofes vom 7. Juni 1809 für sich an, zwei Urteile, die ihm ebensowenig zur Seite stehen, da das erste nur den Umfang der disponiblen Vermögensquote und das zweite nur die Indignität des Legatars lediglich von den Gesetzen zur Todeszeit abhängen lassen; Punkte, über welche in der heutigen Jurisprudenz gar kein Streit ist und die nichts mit der Testamentsfähigkeit des Testators zu tun haben.

juristischen Unterschied zwischen der *faktischen* und der durch *Gesetzwechsel* eintretenden Veränderung entwickelt und bewiesen, und kann nach unseren dortigen Ausführungen die Konvaleszenz des Testamentes bei einer durch *Gesetzwechsel* während des Lebens des Testators eingetretenen Testamentsfähigkeit desselben keinem Zweifel mehr unterliegen. Hierauf muß also hier zurückverwiesen werden. Inzwischen läßt sich — so wenig jene Rückverweisung, in der das Nachfolgende erst seine systematische und umfassende Grundlage gewinnt, dadurch überflüssig wird — dieser Nachweis auch hier unter näherer Bezugnahme auf die Natur des Testamentes in Kürze erbringen.

Der Unterschied nämlich, der durch faktische Änderung in den Verhältnissen des Individuums bei identischem Gesetz und der durch neue Gesetze eingetretenen Testamentsfähigkeit, liegt auf der Hand. Im Falle der faktischen Änderung ist die Unfähigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung eine solche, die auch noch von dem *jetzt* — zur Todeszeit *geltenden Gesetz* anerkannt wird. Wird also auf das bestimmte Testament als *Produkt* gesehen, so liegt ein solches vor, welches von jemand (einem Deportierten, einem filiusfamilias) errichtet worden ist, der auch noch nach *dem jetzigen Gesetz* zu dieser Handlung *unfähig* sein würde. Ist dagegen die Testamentsfähigkeit unter gleichbleibenden faktischen Umständen durch *Gesetzeswechsel* eingetreten, so kann *nicht* mehr gesagt werden, daß das Testament von jemand errichtet worden, der auch nach dem *jetzigen* Gesetz zu dieser Handlung unfähig sein würde, und dessen Unfähigkeit also auch noch vom Standpunkt des *heutigen* Gesetzes *anerkannt* wird.

Der diametrale Gegensatz, der sich in diesem Unter-

schied auftut, wird nicht geleugnet werden können. Nun dennoch bei dem unter dem *heutigen* Gesetze vom Testator hinterlassenen Testamente eine Unfähigkeit des Testators auf Grund des *aufgehobenen* Gesetzes, und trotz des sie nicht mehr anerkennenden *heutigen* Gesetzes, annehmen wollen, wäre, wie sich bald zeigen wird, nichts anderes als das *Entgegengesetzte* der Rückwirkung, d. h. nicht Nichtrückwirkung, sondern ein Hineinschleifen und Fortsetzen des *untergegangenen* Gesetzes in das Herrschgebiet des gegenwärtigen und ihm entgegenstehenden, und somit eine Verleugnung des letzteren.

Wenn man nämlich näher auf die Natur des Testamentes eingeht, so zeigt sich, daß die sehr richtige römische Lehre über die *faktische* Veränderung der Testamentsfähigkeit — also die Forderung der Testamentsfähigkeit zu *beiden* Zeiten, zur Zeit des Testierens und zur Zeit des Todes — auf folgendem guten Grunde beruht: Zur Zeit, wo der Testator testierte, *konnte* er — bei mangelnder Fähigkeit — nicht *wollen*, und *wollte* also deshalb nicht; denn es ist sogar tautologisch, daß jemand, der nicht wollen *kann*, eben auch nicht *will*. Zur Zeit. wo der Testator starb, *konnte* er wollen, *wollte* aber nichts. Da also der Testator das eine Mal nicht wollen *konnte*, das andere Mal nicht *wollte*, so liegt gar keine Willensverfügung vor. Die konfirmatorische Tätigkeit zur Zeit des Todes findet nach den *zu dieser Zeit selbst* geltenden Gesetzen kein Produkt eines gültigen Willens vor, *das sie bestätigen könnte*.

Wenn aber der Testator, statt durch faktische Veränderung, durch ein neues Gesetz die Testamentsfähigkeit erhalten hat, so ist die Lage folgende:

Das *jetzt* geltende Gesetz erkennt die Unfähigkeit eines solchen Testators oder die Ungültigkeit des von

einem solchen errichteten Testamentes nicht mehr an. Indem es vielmehr denselben unter Aufhebung der früheren Prohibition als einen Willens- und Testamentsfähigen anerkennt, erkennt es ihn zugleich als einen solchen an, der, nach dem jetzt vorhandenen allgemeinen Rechtsbewußtsein des Volkes, als seit je an sich willens- respektive testamentsfähig anzuschauen sei (s. oben S. 462 bis 464), während dies in keiner Weise bei dem begnadigten deportatus oder dem emanzipierten filiusfamilias eintritt, denen die Testaments- respektive Vermögensfähigkeit nur wird, ohne daß diese faktischen Ereignisse im geringsten die Bedeutung haben, daß ihnen diese Fähigkeit schon früher an sich ingewohnt habe und bloß zur Anerkennung gekommen sei. Aber wenn im Falle der gesetzlichen Änderung das jetzige Rechtsbewußtsein des allgemeinen Geistes den Testator auch als einen an sich von jeher testamentsfähigen anschaut, so weiß es doch festzuhalten, daß die Wirklichkeit das Reich des geltenden Rechtes, nicht des Ansich ist, und daß jene an sich vorhandene Testamentsfähigkeit des Testators oder die an sich vorhandene Gültigkeit seines Testamentes erst mit dem Eintritt des neuen Gesetzes wirklich geworden ist, und somit erst von da ab an ihnen hervortritt.

Das jetzige Rechtsbewußtsein weiß also auch das untergegangene Recht zu respektieren und — denn dies ist der wahre Sinn der Nichtrückwirkung — dem Einflusse desselben als des damals Wirklichen die Wirkungen zu überlassen, die während der Zeit seiner Herrschaft eingetreten sind. Solche Wirkungen kann aber das Testament seiner Natur nach gar nicht haben, da es erst zur Todeszeit in Wirksamkeit tritt. In bezug aber auf das von der Zeit des neuen Gesetzes ab Eintretende, so haben wir oben gesehen und an den gesetzlichen Bestimmungen

über Eherecht, Legitimität der Kinder usw., näher belegt, wie sich eben dadurch der Rechtswechsel von dem faktischen Wechsel unterscheidet, daß die Gültigkeit der Willenshandlung, die von dem jetzigen, die früheren Prohibitionen tilgenden Gesetz als eine von jeher an sich vorhandene angeschaut wird, sogar bei schon früher begonnenen Rechtsverhältnissen, *ab nunc* (d. h. in bezug auf die erst von jetzt ab entstehenden Wirkungen) an ihnen hervortritt. Denn eben von jetzt ab ist jenes Ansich durch den neuen Inhalt des Rechtsbewußtseins zur Anerkennung und somit zur rechtlichen Wirklichkeit gelangt. Um so mehr wird dies also bei dem Testamente der Fall sein müssen, als einem Akte, der von Haus aus dazu bestimmt ist, bis dahin unverbindlich und stets widerruflich, erst zur Zeit des Todes rechtliche Wirklichkeit zu empfangen. Die Testamentsfähigkeit des Testators und die Gültigkeit des Testamentes wird also nach dem neuen Gesetz, in bezug auf die erst nach seinem Erscheinen durch den Tod der Testatoren in rechtliche Wirklichkeit getretenen Testamente, unmöglich verkannt werden können.

Käme es uns nur darauf an, einen hinreichenden juristischen Beweis für unsere Behauptung zu liefern, während es uns überall am meisten darauf ankommt, von der causa sufficiens zu der causa finalis aufzusteigen, um so den Zusammenhang einer bloß juristischen Wahrheit mit den innersten Gesetzen des Geistes darzulegen, so würden wir uns weit kürzer haben fassen können! Wir würden dann nämlich unter Bezugnahme auf unsere Theorie des Testamentes bloß haben zu sagen brauchen:

Ob eine Willensdisposition fähig ist, durch eine Konfirmation juristische Wirksamkeit und Gültigkeit zu erhalten, ist eine Frage, zu deren Bejahung es lediglich auf

die Gesetze zur Zeit der Konfirmation (also des Todes) ankommen kann.

Dieser juristische Beweis ist hinreichend und unwiderleglich. Seine causa finalis, sein letztes Verständnis und seinen inneren Zusammenhang mit den Gesetzen des Geistes, findet derselbe und das durch ihn bewiesene Resultat erst in dem Obigen, verbunden mit der ausführlicheren in § 10 gegebenen Entwickelung.

Wir haben also gesehen, daß es beim Gesetzwechsel — zum Unterschied von der faktischen Veränderung — für die Testamentsfähigkeit immer nur auf das Gesetz zur Zeit des Todes ankommt. Wenn jetzt gefragt wird, ob nicht irgendwo im juristischen Pantheon eine positive Anerkennung des von uns gewonnenen Resultates zu finden sei, so wollen wir uns auf keine Untersuchung darüber einlassen, ob in der zur regula Catoniana[1]) von Ulpian getanen Äußerung: „Regula Catoniana ad *novas leges* non pertinet", eine Bestätigung unserer Theorie über den Unterschied des faktischen und des Gesetzwechsels zu erblicken sei, oder ob dies „novas leges" nur auf die Kaduzitätenbestimmungen der L. Julia und L. Papia Poppaea zu beziehen sei[2]).

Eine glänzende Anerkennung aber findet jedenfalls unsere Theorie in den §§ 11—13, Tit. 12, T. 1, des Allgemeinen Landrechtes, welche also lauten:

---

[1]) L. 1 de regula Catoniana (34, 7): Catoniana regula sic definit quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere; quae definitio — fügt Celsus hinzu — in quibusdam falsa est. Übrigens bezieht sich die Catonianische Regel nicht auf Erbschaften; s. Papinian, L. 3 eod. tit.

[2]) Vgl. Cujacius, Observ., lib. 14, th. 4; Gothofredus ad L. 5 de reg. Caton.; Pothier, Pandect., lib. 34, tit. 7, art. 2, not. c; Voët. ad Dig., Tit. de reg. Caton., No. 1.

§ 11. Die Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Erblassers muß nach dem Zeitpunkt, wo er seinen letzten Willen errichtet hat, beurteilt werden.

§ 12. War zu dieser Zeit der Erblasser wegen eines natürlichen Mangels seinen letzten Willen zu erklären unfähig, so bleibt die Verordnung ungültig, wenn auch der Mangel in der Folge gehoben wird.

(Hier ist also eine faktische Beseitigung des Mangels gemeint.)

§ 13. Stand ihm aber nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezieht, dabei entgegen, so wird die Verordnung gültig, wenn das Hindernis in der Folge hinweggefallen ist.

Hier ist also die Beseitigung einer auf Rechtsgründen beruhenden Unfähigkeit gemeint. Es ist also die oben entwickelte Theorie, welche dem Landrecht offenbar vorschwebt. Nur daß ihm dieselbe nicht zu voller, bewußter Klarheit gekommen, und deshalb eine Verschiebung und ein Mißverständnis seiner selbst im Landrecht dabei eintritt. Die faktische Beseitigung des Mangels verschiebt sich ihm nämlich im § 12 in die Beseitigung eines natürlichen Mangels, eine Verwechselung, die dadurch nahe lag, daß in der Tat der natürliche Mangel der Testamentsfähigkeit entweder immer nur auf faktische Weise beseitigt werden kann — wie z. B. der Wahnsinn — oder doch meistens durch faktische Veränderung beseitigt wird, wie z. B. das mangelnde Alter. So identifiziert sich dem Landrecht die faktische Beseitigung der Unfähigkeit und die Beseitigung natür-

licher Unfähigkeiten, und während der Gedanke an jene das eigentlich treibende Moment seiner Bestimmungen ist, spricht es von dieser[1]). Die Folge davon ist nun die positive Unrichtigkeit, daß nur die rechtliche Aufhebung eines solchen Prohibitivgesetzes, „welches sich nicht auf einen Mangel der *natürlichen* Fähigkeiten zur Willenserklärung bezieht", die Gültigkeit des Testamentes hervorbringen soll. Allein auch die auf einem Mangel natürlicher Fähigkeiten beruhende Testamentsunfähigkeit kann durch Gesetzwechsel beseitigt werden, wie dies zwar nicht wohl beim Wahnsinn, aber z. B. bei Stummen[2]) eintreten kann, welche nach älterem römischen Recht testamentsunfähig waren, durch Justinian aber diese Fähigkeit erhielten[3]), und wie dies viel häufiger in bezug auf das Alter eintritt, welches die Gesetze zur Testamentsfähigkeit erfordern. Heben neue Gesetze solche Unfähigkeiten auf, so ist, obgleich dieselben auf natürlichen Eigenschaften beruhten, ihre Beseitigung nicht auf faktische Weise, sondern immerhin durch Aufhebung eines „positiven Verbotsgesetzes" eingetreten. Ja noch mehr! Unter der Herrschaft der neuen Gesetze, welche z. B. das zur Testamentsmündigkeit erforderliche Alter verringern, kann man, streng gesprochen, nicht einmal mehr sagen, die frühere Unfähigkeit beruhe auf einem natür-

---

1) Als wenn nicht auch bei dem Mangel einer bloß rechtlichen Fähigkeit das Testament ungültig bliebe, wenn dieser Mangel dann auf nur faktischem Wege beseitigt wird. Dies würde jedoch immer noch nach dem Landrecht als Folge von § 11 daselbst der Fall sein.

2) An diese konnte hier das Allgemeine Landrecht freilich nicht denken, da es in § 26 daselbst (T. XII, T. I) Tauben wie Stummen testamentifactio einräumt.

3) L. 10 C. qui test. poss. (6, 22).

lichen Mangel. Denn da das jetzige Rechtsbewußtsein die Testamentsunfähigkeit bei diesem bestimmten Alter nicht mehr anerkennt, so läßt sich jetzt eben nicht mehr festhalten, daß dies Alter einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zu dieser Willenserklärung in sich schließe, da ihm jetzt diese natürliche Fähigkeit ja vielmehr eingeräumt wird. Der frühere natürliche Mangel stellt sich also jetzt als ein damals nur vom Gesetz verhängter, somit ganz wie ein nur auf Rechtsgründen beruhender Mangel dar, und kann deshalb auch in diesem Falle gar nichts anderes eintreten, als bei der Beseitigung positiver, rechtliche Unfähigkeit begründender Verbotsgesetze überhaupt. Das Landrecht verfehlt dies bloß, weil ihm vorzugsweise häufig das Schicksal zustößt, das wir so oft an ihm wie an den Autoren nachgewiesen haben, unter der Einwirkung großer und richtiger Gedanken zu stehen, die aber, weil sie nicht zur letzten Sichselbstdurchsichtigkeit fortgebildet sind, in ihrer Verwirklichung in Ungleichheit mit sich selbst geraten[1]).

---

[1]) Unrichtig aber, und ganz den Geist der angezogenen Paragraphen des Allgemeinen Landrechtes verfehlend, ist die Konsequenz, die Bornemann (a. a. O., S. 47) aus ihnen entwickeln will, nämlich, daß nach dem Landrecht ein Testament, bei dessen Errichtung dem Testator keine gesetzliche Beschränkung (aus Rechtsgründen) entgegenstand, auch unter einer Gesetzgebung gültig bleibt, welche dergleichen den Testator treffende Einschränkungen einführt, weil — nach jenen Paragraphen das Testament, welches wegen einer solchen zur Zeit der Errichtung bestehenden Beschränkung ungültig sein würde, mit der Einführung eines die Beschränkung aufhebenden Gesetzes gültig wird; daß es also für das Landrecht immer hinreiche, wenn dem Testator nur zu einer der beiden Zeiten, zur Zeit des Testamentes oder des Todes, testamentifactio zustand!! Diese Irrlehre liegt aber dem Landrecht gänzlich fern. Das-

Endlich ist hier noch der Ort, hervorzuheben, wie erst bei unserer Testamentstheorie, nach welcher das Testament statt ein bis in die Todeszeit sich hineinschleifender und daselbst erst sich beendigender Akt zu sein, vielmehr ein für sich fertiger und abgeschlossener Akt mit einer als zur Todeszeit eintretend gedachten, ebenso abgeschlossenen Konfirmation ist, sich die völlige Einflußlosigkeit aller Mittelzeiten in faktischer wie rechtlicher Hinsicht und somit die innere Notwendigkeit der römischen Regel: Media tempora non nocent, wahrhaft begreift, und es sich daher keineswegs so verhält, wie Savigny (S. 453) bei seiner Theorie des Testamentes freilich annehmen muß, daß die Fortdauer der Fähigkeit in der „ganzen Zwischenzeit" eine „Konsequenz strenger Theorie" bilde, welche nur als dem „praktischen Bedürfnis nicht entsprechend" beseitigt worden sei.

D. Persönliche Fähigkeit des Testators in bezug auf seine physischen Eigenschaften.

Wir haben diesen Punkt bereits soeben berührt, müssen ihn gleichwohl aber noch näher entwickeln, sowohl wegen der großen Verwirrung, welche die Autoren durch die

---

selbe stellt jedenfalls vielmehr nur die Lehre auf, daß es (§§ 11 und 12) bei bloß tatsächlicher Veränderung nur auf die Zeit des Testamentes, und bei bloß rechtlicher Veränderung durch Beseitigung eines sich nicht auf natürliche Fähigkeiten beziehenden Verbotsgesetzes nur auf die Zeit des Todes ankomme. Gerade deswegen müßte es auch nach dem Allgemeinen Landrecht bei der rechtlichen Veränderung, welche in Einführung eines sich nicht auf natürliche Fähigkeiten beziehenden Verbotsgesetzes besteht, ebenso nur auf die Zeit des Todes ankommen, was ganz mit der richtigen Theorie stimmt.

Nichtunterscheidung des nur scheinbar Identischen, in der Tat aber ganz Entgegengesetzten dabei anrichten, als um den Zusammenhang desselben mit unserer Testamentstheorie aufzuzeigen. Wir haben zunächst wieder zu unterscheiden: faktische und rechtliche Veränderung der Fähigkeit.

a) Faktische Veränderung.

Die heute geltenden physischen Ursachen der Testamentsunfähigkeit sind: Wahnsinn und mangelndes Alter (Testamentsunmündigkeit). Beim Wahnsinn kann die faktische Veränderung nach beiden Seiten hin eintreten. Ein Wahnsinniger kann ein Testament errichten und zur Zeit des Todes seines Verstandes mächtig sein. Und umgekehrt kann ein Vernünftiger testieren und zur Zeit des Todes wahnsinnig sein. Bei der Testamentsunmündigkeit dagegen ist die faktische Veränderung nur nach einer Seite hin möglich. Ein Testamentsunmündiger kann testieren und zur Zeit des Todes das testamentsfähige Alter bereits erreicht haben. Dagegen ist es natürlich nicht möglich, daß ein Testator, der das erforderliche Alter bereits erreicht hat, auf anderem Wege als durch Gesetzeswechsel die Altersfähigkeit zum Testament wieder verliert.

In diesen stets unbeachtet gelassenen Unterschieden liegt gleichfalls eine Quelle der Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung, die sich uns für beide Arten der Unfähigkeit ergeben wird.

Wenn nun der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung wahnsinnig oder noch nicht im Besitz des erforderlichen Alters gewesen ist, zur Zeit des Todes aber unter demselben Gesetze das nötige Alter oder seine Vernunft

erlangt hat, so treten — denn insoweit laufen beide Unfähigkeiten vollständig miteinander parallel — folgende Konsequenzen aus der oben entwickelten Natur des Testamentes ein:

Wahnsinn und mangelndes Alter sind, als physische Eigenschaften, zur faktischen Willenstätigkeit des Testators gehörig. Ohne Vernunft, sei es nun, daß dieselbe wegen Geisteskrankheit oder wegen überhaupt noch nicht eingetretener geistiger Entwickelung, also wegen mangelnden Alters fehlt, liegt gar kein Dasein eines wahrhaften Willens vor. Ist ein solcher Wille gar nicht da, so findet auch die konfirmatorische Tätigkeit zur Zeit des Todes gar nichts vor, was bestätigt werden könnte, und es tritt also hier ganz dasselbe ein, was wir oben (S. 680, 685) bereits gesehen haben: als der Testator wollte, konnte er nicht wollen; oder vielmehr, er wollte ebendeshalb auch gar nicht, sondern es wurde nur ohne den erforderlichen wahren Willen äußerlich etwas hingeschrieben. Und zur Zeit als der Testator wollen konnte, wollte er nichts. Denn die Konfirmation, obgleich sie, wie wir gesehen haben (S. 673 fg.), gleichfalls das Moment der tatsächlichen Nichtveränderung des Willens enthält, enthält ebendeshalb keinen näher bestimmten und spezialisierten Willen, sondern setzt einen solchen bereits anderwärts ausgedrückten voraus, dem sie nur Bestätigung verleiht.

Es zeigt sich somit, daß die zur Zeit des Testamentes vorhandene Unfähigkeit aus physischen Gründen durch faktische Beseitigung derselben zur Zeit des Todes nicht geheilt wird.

Wenn umgekehrt der Testator zur Zeit des Testamentes vernünftig war und später durch faktische Veränderung, wofür, wie bereits bemerkt, bei der Mündigkeit

keine Parallele möglich ist, in Wahnsinn verfällt, so ergibt sich aus der Natur des Testamentes folgendes: Es liegt ein gültiges Testament eines Willensfähigen vor. Dieser Akt ist für sich fertig und vollendet. Nur bedarf er noch einer Konfirmation.

Diese besteht aber, wie wir oben gesehen, in einer Nichtveränderung des Willens bis zum Tode. Ein solches Nichtanderswollen liegt aber hier vor. Denn solange der Testator bei gesunder Vernunft war, hat er den Willen nicht verändert, und von der Zeit des Wahnsinnes ab, respektive beim Tode, ist so wenig ein Anderswollen vorhanden, daß der Testator vielmehr jetzt nicht einmal anders wollen konnte. Es liegt somit auch zur Zeit des Todes ein Nichtanderswollen nicht vor, und die Bedingung der faktischen Nichtveränderung des Willens, an welche das Testament gebunden bleibt, ist daher erfüllt. Die juristische Seite der Konfirmation zur Zeit des Todes steht aber vollends nicht in Frage, da die Unfähigkeit des Wahnsinnigen keine juristische, sondern eine bloß tatsächliche, auf physischen Eigenschaften beruhende ist, oder mit anderen Worten: nicht das Gesetz als solches ihn hindert, seinen Willen geltend zu machen, das Hindernis vielmehr nur darin besteht, daß er keinen Willen hat, und, hätte er einen solchen, ihm jede Dispositionsbefugnis über sein Vermögen zustehen würde[1]). Insofern also ein wahrhafter und nicht geänderter Wille des Wahnsinnigen vorliegt, wie dies bei dem aus der Zeit geistiger Gesundheit herrührenden Testament der Fall, ist die juristische

---

[1]) Diese rein faktische, nicht juristische Natur der Unfähigkeit aus Wahnsinn tritt besonders deutlich in der Fähigkeit des Wahnsinnigen hervor, in den lucidis intervallis zu testieren.

Fähigkeit zur Konfirmation zur Zeit des Todes außer allem Zweifel.

Es leitet sich also aus der rechtlichen Natur des Testamentes die mit dem römischen Recht[1]) vollkommen übereinstimmende Lehre ab, daß es bei faktischen Veränderungen der in physischen Eigenschaften beruhenden Fähigkeiten lediglich auf die Fähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung, niemals auf diejenige zur Zeit des Todes ankommen kann.

b) Rechtsveränderung.

Wie die einmal vorhandene Testamentsmündigkeit nicht durch faktische Veränderung in Unfähigkeit übergehen kann, so kann beim Wahnsinn keine Veränderung der Unfähigkeit in Fähigkeit oder umgekehrt durch Rechtswechsel eintreten, da es keine Gesetzgebung geben wird, welche Handlungsfähigkeit beim Wahnsinn annehmen würde, und die Differenz der Gesetzgebungen hier also nur Nebenpunkte betreffen könnte. Hier also beschränkt sich die Untersuchung auf die an das natürliche Alter geknüpfte Testamentsmündigkeit. In bezug auf diese kann die rechtliche Veränderung nach beiden Seiten hin eintreten.

Es kann der testamentsmündige Testator durch Gesetzwechsel unfähig werden. Es kann umgekehrt der Testator zur Zeit des Testamentes nach dem damaligen Gesetze unfähig gewesen sein, während er nach dem zur Zeit des Todes geltenden Gesetze die Testamentsmündigkeit schon zur Zeit des Aktes besessen haben würde.

Nach gemeinem Recht tritt die Testamentsmündigkeit für Weiber mit dem vollendeten zwölften, für Männer

---

[1]) Siehe die Stellen in Anm. 1 zu S. 680.

mit dem vollendeten vierzehnten Jahre ein, nach französischem Recht, ohne Unterschied des Geschlechtes, mit dem vollendeten sechzehnten, nach preußischem Recht mit dem vollendeten vierzehnten Jahre.

Wenn also ein Mädchen von dreizehn Jahren unter der Herrschaft des preußischen Rechtes ein Testament macht und bald darauf das gemeine Recht eingeführt wird, so fragt es sich, ob das Testament, wenn das Mädchen jetzt stirbt, gültig ist. Savigny (a. a. O., S. 463), Bornemann (a. a. O., S. 15) und die Autoren im allgemeinen verneinen diese Frage unbedingt. Wir haben aber bereits oben S. 551/52 gesehen, daß den Grundsätzen zufolge ebenso unbedingt vielmehr das Gegenteil angenommen werden muß.

Man hat sich hierbei immer von der Analogie leiten lassen, daß durch das unter identischem Gesetz später eintretende Alter der Testamentsmündigkeit das frühere Testament nicht gültig wird. Allein der Unterschied ist wieder der diametrale, daß bei dieser bloß faktischen Veränderung auch das jetzige Gesetz in dem Alter des Testators zur Zeit des Testamentes ein die Elemente einer Willenserklärung, Vernunft und Überlegung ausschließendes erblickt und durch das Älterwerden des Testators der Charakter des Testamentes, kein Willensprodukt zu sein, gar nicht berührt wird. In dem gegenwärtigen Falle aber erkennt umgekehrt das jetzige Gesetz an dem Testator zur Zeit des Testamentes ein willensfähiges und hinreichend vernunftreifes an, und kann somit, ohne mit seinem eigenen gesetzlichen Inhalt in Widerspruch zu treten, das jetzt erst hinterlassene und durch den Tod mit rechtlicher Wirksamkeit bekleidete Produkt nicht als ein solches behandeln, das Ausfluß einer willenslosen

Tätigkeit sei[1]). Ebenso wenig würde hieran der Einwurf etwas ändern, daß sich das Verbotsgesetz zur Zeit der Errichtung nur auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit bezog. Wir haben vielmehr schon S. 690/91 bei der Kritik des Allgemeinen Landrechtes gezeigt, daß, streng genommen, nachdem das neue Gesetz da ist, auch dies nicht einmal zugegeben werden kann, daß der Mangel zur Zeit der Errichtung ein Mangel der natürlichen Fähigkeit war. Denn da das jetzige Gesetz in jenem bestimmten Alter und Geschlecht keinen solchen natürlichen Mangel mehr anerkennt, erscheint jetzt auch der damals vorhandene Mangel der Fähigkeit nicht ein natürlicher, sondern nur ein durch das damalige Zivilrecht eingeführter gewesen zu sein, dessen Inhalt als

---

[1]) Man muß sich hüten, dieses Resultat etwa durch Fiktionen, wie die folgende, beweisen zu wollen: Dadurch, daß der Testator erst unter der ihm von dem neuen Gesetze eingeräumten Willensfähigkeit gestorben sei, sei er so anzusehen, als habe er seitdem das Testament von neuem gemacht. Solche Fiktionen zeigen in der Regel immer nur den Ausdruck eines Mangels an scharfem Denken, das sie und ihre Irrtümer vermeiden würde. Soweit diese Fiktion Richtiges enthält, ist sie nur eine faktische Einkleidung und Verdunklung des oben in prinzipieller Schärfe Entwickelten. Die Fiktion selbst ist aber gar nicht richtig, da sie den Unterschied des Richtigen und Unrichtigen nicht in sich enthält. Wäre sie richtig, so müßte sie notwendig auch da eintreten, wenn das Testament zwar in einem auch noch nach dem neuen Gesetz unfähigen Alter errichtet, der Testator aber erst später in testamentsmündiger Zeit gestorben wäre, d. h. sie müßte überhaupt da eintreten, wo auch durch bloß faktische Veränderung unter identischem Gesetz der zur Zeit des Testamentes unfähige Testator erst im Alter der erlangten Testamentsmündigkeit starb, und das Testament müßte also auch in diesen Fällen als fiktiv neu gemacht gültig sein, was ganz falsch wäre.

solcher für heute nicht mehr verbindlich ist. Es gilt hier also alles das, was oben über die Veränderung der juristischen testamentifactio gesagt worden ist. Soll endlich der aus der rechtlichen Natur des Testamentes folgende Beweis kurz zusammengefaßt werden, so ergibt er sich aus folgenden zwei Sätzen, gegen die nicht einmal der Versuch eines Widerspruches wird gemacht werden können. Das Testament ist eine an die Bedingung einer späteren, im Nichtwiderruf bis zum Tode bestehenden Bestätigung gebundene Willenserklärung. Und ob eine an die Bedingung einer späteren Bestätigung gebundene Willenserklärung hinreichend die Elemente eines wahrhaften Willens in sich enthalte, um durch die Bestätigung juristische Wirksamkeit erlangen zu können, ist eine Frage, die lediglich nach den zur Zeit der Bestätigung bestehenden Gesetzen über die für das Dasein eines gültigen Willens erforderlichen Elemente zu entscheiden ist.

Hiermit ist also zugleich auch schon die Entscheidung für den umgekehrten Fall gegeben, wenn ein dreizehnjähriges Mädchen unter gemeinem Rechte ein Testament gemacht hat und unter preußischem Rechte vor vollendetem vierzehnten Jahre oder unter französischem Rechte vor vollendetem sechzehnten Jahre stirbt. Das Testament ist dann ungültig. Gleichwohl entscheiden die Autoren ganz bestimmt das Gegenteil[1]). Aber die vollständige Falschheit dieser Entscheidung ist schon durch die beiden letzten Beweissätze nachgewiesen. Man kann sich nicht darauf berufen, daß ja auch bei dem Wahnsinnigen, der es zur Zeit des Testamentes nicht war, nicht auf die Zeit des Todes, sondern nur auf die des Testamentes gesehen werde, und es sich doch hier wie beim Unmündigen nur

---

[1]) Vgl. Savigny, a. a. O.; Bornemann, a. a. O., u. a.

um physische Eigenschaften handele. Nichts ist täuschender als diese Scheinanalogie! Von dem Wahnsinnigen erkennt ja das Gesetz auch noch zur Zeit des Todes an, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung gesund und willensfähig gewesen sei. Es kann somit unmöglich, wie wir oben näher gesehen haben (S. 694 fg.), der in einem von ihm, dem Gesetze, als willensfähig anerkannten Zustand geäußerten und unwiderrufenen letztwilligen Verfügung die Wirksamkeit versagen.

Ganz anders bei dem durch ein späteres Gesetz testamentsunmündig Gewordenen.

Hier erkennt das jetzige Gesetz auch zur Zeit der Testamentserrichtung die natürliche Willensfähigkeit nicht als vorhanden an, und müßte sie in rechtlicher Hinsicht nur in bezug auf solche individuelle Akte und Handlungen anerkennen, die auch schon unter der Herrschaft des damaligen, anders denkenden Gesetzes in juristische Existenz getreten sind. Dies ist aber bei dem an die Bedingung des Widerrufes gebunden bleibenden Testamente erst zur Todeszeit der Fall. Oder umgekehrt die Sache von ihrer anderen Seite betrachtet: der Wahnsinnige ist durch einen rein faktischen Vorgang, an dem kein Gesetz teilgenommen hat, willensunfähig geworden. Im Unterschiede aber von dem früheren Gesetze, welches die natürliche Willensfähigkeit zum Testament schon in dem Alter von dreizehn Jahren erblickte, muß das jetzige Gesetz, welches sie erst in einem Alter von sechzehn Jahren erblickt, schon durch diesen Vergleich einsehen, daß die Willensunfähigkeit vor dem vollendeten sechzehnten Jahre gar nicht mehr bloß eine natürliche, sondern vor allem auch eine durch das Zivilrecht eingeführte Unfähigkeit *jure civili* ist. Mit anderen Worten: Wenn der allgemeine Gedanke, daß

Willensfähigkeit vor einem gewissen Alter und der dadurch bedingten Vernunftreife nicht vorhanden sei, eine natürliche Wahrheit und einen Mangel natürlicher Fähigkeit zu seinem Inhalt hat, so ist doch die genaue zahlenmäßige Fixierung des bestimmten Jahres, in welchem jene Willensreife beginnen soll, eine Bestimmung von rein zivilrechtlicher Natur, wie schon das Abweichen der verschiedenen Gesetzgebungen in dem Alterspunkte zeigt[1]). Da diese Bestimmung eine zivilrechtliche ist, so liegt also zur Zeit des Todes vor allem auch eine streng juristische Unfähigkeit vor, und ebendeshalb kann, weil die juristische Fähigkeit mangelt, eine wirksame Konfirmation nicht eintreten — was, wie wir oben sahen, beim Wahnsinn gleichfalls nicht zutrifft — und das Testament ist also ungültig.

[1]) Wenn im altdeutschen Recht, weil die Erbfähigkeit hier auf der Idee der Gemeinschaft der Waffenfähigen beruht, der Krüppel weder Lehn noch Erbe nehmen kann (Sachsenspiegel, I, 4; ebenso die „minus potentes" der fränkischen Gesetze, s. Capit. II a. 805, c. 24; Capit. II a. 806, c. 2; Capit. IV a. 806, c. 3), wenn aus demselben Grunde nach dem Lehnsrecht der Stumme Lib. Feud., I, 6, § 3, und nach einigen auch (s. II F. 36) der „surdus, coecus, claudus vel aliter imperfectus" das Lehn nicht zurückhalten kann, — sind das nicht in natürlichen Eigenschaften beruhende Unfähigkeiten, die gleichwohl von streng ziviler Natur und also schlechterdings juristische Unfähigkeiten sind? Der anscheinende Widerspruch beseitigt sich sehr leicht. Die natürliche Unfähigkeit wird zur zivilen und also juristischen Unfähigkeit dadurch, daß es nur der besondere historische Volksgeist ist, der jenen natürlichen Mangel als eine Ursache der Unfähigkeit anerkennt. Wenn ein natürlicher Mangel derart wäre, daß ihn alle Völker und Zeiten als Unfähigkeitsursache auffassen, da kann die uns beschäftigende Frage gar nicht entstehen, weil ja dann eben eine Differenz der Gesetzgebung ausgeschlossen ist.

Wie absolut richtig und notwendig dies Resultat ist, läßt sich schlagend durch eine deductio ad absurdum nachweisen. Wie nämlich, wenn das vierzehnjährige Mädchen unter preußischem Recht ein gerichtliches Testament errichtet hat, und nach Einführung des französischen Rechtes noch vor vollendetem sechzehnten Jahre stirbt? Kann dies Mädchen, wenn es seinen Willen inzwischen geändert hat, vor dem Tode das Testament, das nach der bisherigen Ansicht gültig sein soll, mindestens abändern? Offenbar nein, und nach keiner Ansicht. Denn jetzt zu testieren hat das Mädchen ja unbestritten keine Fähigkeit. Bornemann zieht merkwürdigerweise selbst diese Konsequenz, ohne sich doch durch dieselbe in der Bestimmtheit, mit der er die Sache im unmöglichen Sinne entscheidet, irremachen zu lassen. .Er sagt (a. a. O., S. 15): „Wenn nun ein dreizehnjähriges Mädchen unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes ein Testament errichtet hat, so wird dasselbe nach Einführung des Landrechtes nicht ungültig; fortan kann aber das Mädchen ein anderweites Testament vor vollendetem vierzehnten Jahre nicht errichten.“ Also auch in dem von uns gesetzten Fall der Einführung des französischen Rechtes nicht vor vollendetem sechzehnten Jahre. Welcher Monstreakt ist denn aber nun aus diesem Testament geworden, welches gültig bleiben soll und dennoch für den Testator unabänderlich und unwiderruflich geworden ist? Denn wenn ein bloß olographisches Testament allerdings stets durch bloße faktische Vernichtung aus dem Wege geräumt werden kann, so würde doch da, wo, weil es die Gesetzgebung verlangte oder aus eigener Wahl, durch notariellen oder gerichtlichen Akt testiert worden ist, dies Testament von jenem Mädchen auch nicht einmal widerrufen werden können. Denn

ein Testament widerrufen, heißt gleichfalls testieren, eine letztwillige Verfügung treffen. Das Mädchen würde also weder das Testament abändern, noch auch nur, trotz des geänderten Willens, den Lauf des Intestatrechtes herstellen können. Was hierbei eingetreten wäre, wäre also folgendes: Das stets widerrufliche und an die Fortdauer des Willens gebundene Testament, welches das Mädchen nur machte, weil es stets durch seinen bloßen Willen widerruflich war, wäre für dasselbe durch den Rechtswechsel zu einem unwiderruflichen, bindenden Akte geworden[1]), d. h. es wäre (vgl. oben S. 230 fg.) die schreiendste und krasseste Rückwirkung eingetreten, die durch ein späteres Gesetz geschehende nachträgliche Verwandlung eines bei seiner Errichtung an die Fortdauer des freien naturalen Willens geknüpften Aktes in einen mit Zivilzwang bekleideten und obligatorischen, und also die vollständige Denaturierung der individuellen Handlung. — Zugleich sieht man hierbei in sehr interessanter Weise, wie die abstrakte juristische Formel durchaus nicht die Macht hat, den Begriff der Sache zu erschöpfen, der jeder bloßen Formel spottet. Denn diesmal wäre die Rückwirkung gerade durch die Nichtanwen-

[1]) Wir nannten dies Testament mit vollem Recht einen Monstreakt. Denn es wäre kein Testament mehr, weil es durch den Rechtswechsel unwiderruflich und somit zur Obligation geworden ist, und wäre doch auch wieder keine Obligation, weil es nicht eine solche, sondern nur ein Testament sein soll. — Es wäre hier also indirekt durch das neue Gesetz, und ohne Verfügung und Absicht desselben, das eingetreten was die Römer ausdrücklich für unmöglich erklären. Hermogen., L. 22 de legat. et fideicom. 32 (III): nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (testamento) ei recedere non liceat.

dung des neuen Gesetzes entstanden[1]). Freilich stellt auch diese Nichtanwendung insofern eine Anwendung desselben dar, als durch das neue Gesetz dem Mädchen die fortdauernde Fähigkeit zur Testamentsänderung entzogen wird, wodurch eben die konstitutiven Elemente des bereits errichteten Testamentes verändert werden. Somit müßte man, wenn man unserer Meinung nicht beitreten und dieser Rückwirkung dennoch entgehen wollte, gar zu der unsinnigsten Konsequenz kommen, daß das Mädchen, weil es einmal testiert hat, auch fernerhin trotz des neuen Gesetzes zu testieren fähig bleibt, daß also die Fähigkeit auch für die Zukunft keinem solchen entzogen werden kann, der schon vorher einmal von ihr Gebrauch gemacht hat. Das heißt, man würde von einer Unmöglichkeit in die andere geraten müssen.

Es zeigt sich also, daß bei der Rechtsveränderung auch in bezug auf die in physischen Eigenschaften beruhende Rechtsfähigkeit immer nur nach dem Gesetz zur Zeit des Todes zu entscheiden ist.

E. Inhalt des Testamentes.

Die Frage, ob der Inhalt der Dispositionen des Testators ein erlaubter ist, ist eine Frage danach, ob diese Dispositionen durch die gesetzlichen Bestimmungen davon ausgeschlossen werden, in Wirksamkeit zu treten; ist somit von vornherein nur eine Frage nach den rechtlichen Verhältnissen der Zeit, in welcher der Inhalt des Testamentes in Wirksamkeit zu treten bestimmt ist, d. h. der Zeit des Todes.

Oder unter näherer Bezugnahme auf unsere Darstellung

---

[1]) Wie wir dies ähnlich bei den Familienfideikommissen gesehen haben; s. oben S. 580.

des Testamentes: die Erlaubtheit des Inhaltes zur Zeit der Testamentserrichtung kann nicht helfen, wenn der Inhalt zur Zeit des Todes ein verbotener ist, weil dann die juristische Konfirmation nicht eintreten kann, da der Testator die Befugnis zu derselben nicht mehr hat.

Umgekehrt: Die Unerlaubtheit des Inhaltes zur Zeit des Testamentes wird völlig gleichgültig sein müssen, wenn sich derselbe nur zur Zeit des Todes als ein erlaubter darstellt, da die Frage, ob eine Disposition durch eine Konfirmation Gültigkeit erhalten kann, nur von der Erlaubtheit der Disposition zur Zeit der Bestätigung abhängen kann.

Der Inhalt des Testamentes — Pflichtteil, Präterition, Substitution, unerlaubte Bedingung — kann daher, sowohl bei faktischen Veränderungen als bei Gesetzwechsel, immer nur nach der Zeit des Todes beurteilt werden.

Es ist um so weniger nötig, hierüber etwas Weiteres zu sagen, da auch nach der bisherigen Theorie die Zeit des Todes als die in bezug auf den Inhalt allein maßgebende bereits allgemein anerkannt ist[1]) (s. Savigny, a. a. O., S. 454 fg., 463 fg.).

F. Persönliche Fähigkeit des Honorierten.

Hier hat Savigny (a. a. O., S. 457 fg.) bereits treffend entwickelt, wie die von den Römern geforderte Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Testamentes bloß in

[1]) Der einzige Einwurf, der hiergegen gemacht werden könnte, wäre der, daß, auch wenn der Testator erst nach dem von ihm im Testamente präterierten Suus starb, das Testament nach der Strenge des Zivilrechtes eigentlich nichtig bleibt und nur vom Prätor eine B. P. secundum tabulas daraus erteilt wird (Ulpian,

der Manzipationsform des römischen Testamentes wurzelt, vermöge deren das Ganze die Gestalt eines fingierten Erbvertrages annahm, weshalb dann die im Testament bedachten Personen die persönliche Fähigkeit zur Zeit des imaginären Vertrages haben mußten.

An und für sich betrachtet dagegen sei die persönliche Fähigkeit des Honorierten als ein „zum Inhalt des Testamentes gehörendes Stück" aufzufassen.

Von der römischen Lehre der tria tempora, in welchen die Fähigkeit des Honorierten vorhanden sein muß, falle daher die Zeit des Testamentes als ein in bloß speziellhistorischen und bereits zur Zeit Justinians verschwundenen Gründen wurzelnder Punkt schon um dessentwillen bei der heutigen Betrachtung der Frage von selbst fort.

So Savigny, und auch wir müssen es einstweilen noch bei dieser für das bloße Resultat als solches völlig ausreichenden, wenn auch nur ganz formellen Beweisführung, deren innerer Zusammenhang sich erst im zweiten Bande ergeben kann, bewenden lassen. Es bleiben daher aus der römischen Lehre noch die beiden Zeiten des Todes und des Erwerbes übrig, welche jetzt zu betrachten sind.

Die Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Todes erweist sich aus demselben Grunde als notwendig, aus welchem sich die Fähigkeit zur Zeit des Testamentes als überflüssig darstellt. Wem vermacht wird, ist eine zum Inhalt des Testamentes gehörige Frage. Wie aus diesem Grunde die Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Testamentes überflüssig ist, so ist sie zur Zeit des Todes, als

---

XVIII, § 6; L. 12 pr. de injusto, 28, 3), die Aufrechterhaltung also nur durch künstliche Aushilfe eintritt. Aber das wahre Verständnis dieses Punktes kann sich erst beim Wesen des Erbrechtes ergeben (Bd. 2).

der die Erlaubtheit des Inhaltes normierenden Zeit, erforderlich, weil jetzt erst die testamentarische Verfügung in rechtliche Wirklichkeit treten soll und daher mit dieser übereinstimmen muß[1]). Andernfalls würde, wenn der Honorierte zu dieser Zeit unfähig ist, die zur Zeit des Todes vor sich gehende juristische Konfirmation nicht erteilt werden können und das Testament also ungültig sein.

Die Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Erwerbes der Erbschaft anlangend, so stellt sich dieser Punkt zunächst nicht als ein Ausfluß der besonderen Natur des Testamentes dar, sondern als ein Ausfluß der allgemeinen, die Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Regel, nach welcher jemand zu einem Erwerb dann fähig sein muß, wenn er denselben vornimmt. Nur die Frage, wann der Erwerb der Erbschaft, der testamentarischen wie der ab intestato zugefallenen, vor sich geht, ist eine solche, welche wieder durch das Wesen des Erbrechtes bestimmt wird, und welche daher, wie wir bald näher sehen werden, unter den verschiedenen Gesetz-

[1]) Dies ist also der Grund, weshalb auch in Rom bei der bedingten Erbeinsetzung nur darauf gesehen wurde, ob die Fähigkeit des Honorierten zu der Zeit, wo die Bedingung eintritt, vorhanden sei; Celsus, L. 59, § 4, de hered. instit. (28, 5): . . . aut, si *sub conditione* heres institutus est, *quo tempore conditio existit.* Idem et in legatis et in bonorum possessionibus. Wenn er nicht pure zum Erben ernannt ist, so ist erst in der Zeit, wo sich entscheiden wird, ob der Betreffende wirklich Erbe werden können soll, die Übereinstimmung seiner Fähigkeit mit dem System der Rechtswirklichkeit erforderlich. Seine Ernennung braucht jetzt erst der Rechtswirklichkeit zu entsprechen, weil sie auch jetzt erst in faktische Wirklichkeit getreten ist. Man sieht daher, wie dies keine Ausnahme gegen das Frühere bildet.

gebungen und bei verschiedenen Klassen von Erben sich verschieden beantwortet.

Mit Recht wird die Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Erwerbes als der wichtigste von jenen drei Zeitpunkten von den Römern hingestellt: „In extraneis heredibus," sagt Florentinus[1]), „illa observantur ut sit cum iis testamenti factio sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut *effectum habeat. Hoc amplius et quum adibit hereditatem* esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis *eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem.*"

Es ist daher auffällig, wenn bei Savigny in mehrfacher Weise die Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Erwerbes der Erbschaft ganz in den Hintergrund tritt. Zuerst zwar, bei Betrachtung der faktischen Veränderungen, die in der Fähigkeit des Honorierten eingetreten sein können, bezeichnet Savigny (S. 458) diesen Zeitpunkt, ohne ihn weiter zu begründen, als einen solchen, der sich zwar von selbst verstehe, aber „überhaupt nicht wichtig" sei. Später, bei Betrachtung der gesetzlichen Veränderungen in der Fähigkeit des Honorierten erklärt Savigny (S. 465), freilich nur dem Zeitpunkte der Testamentserrichtung gegenüber, daß diese Fähigkeit „ausschließend nach dem zur Todeszeit geltenden Gesetz zu beurteilen" sei, und läßt den Zeitpunkt des Erwerbes ganz unerwähnt, so daß man fast zweifelhaft sein könnte, ob Savigny einem neuen, die Fähigkeit eines Testamentserben ausschließenden Gesetze, welches nach dem

[1]) L. 49, § 1, de hered. instit. (28, 5).

Tode des Testators und vor der Adition der Erbschaft eintritt, Anwendbarkeit auf die bereits durch den Tod eröffnete testamentarische Erbschaft einräumen will oder nicht.

Bei Gelegenheit der Intestaterbschaft erklärt Savigny (S. 483), daß die persönliche Fähigkeit, „zu irgendeiner Intestaterbschaft" berufen zu werden — also die Zivität —, nicht nur zur Zeit des Erbanfalles vorhanden sein, sondern bis zur Zeit des Erwerbes fortdauern müsse. Dieser Fähigkeit, zu „irgendeiner Intestaterbschaft" berufen zu werden, setzt sich von selbst entgegen die Fähigkeit des Erben, zu der bestimmten Intestaterbschaft berufen zu werden, so daß also diese letztere nach Savignys Ansicht, wie auch seine weitere Entwickelung herausstellt, nach dem Gesetz zur Zeit des Erwerbes nicht mehr vorhanden zu sein brauchte. Versetzen wir dies auf den hierin noch ganz analogen Boden des testamentarischen Erbrechtes, so würde also, nach Savigny, zwar die testamentifactio des eingesetzten Erben überhaupt, aber nicht seine Fähigkeit für die bestimmte Erbschaft zur Zeit des Erwerbes mehr erforderlich sein.

Es würde also z. B., wenn zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erwerb der Erbschaft ein neues Gesetz erschienen ist, welches Konkubinenkinder für unfähig erklärt, von ihren Erzeugern zu Erben eingesetzt zu werden, ein eingesetzter Erbe dieser Art nach Savigny durch das neue Gesetz am Erwerbe dieser Erbschaft nicht behindert sein.

Das Widersprechende[1]) dieses Resultates springt in

[1]) Wir bemerken ausdrücklich, daß wir bei dieser Untersuchung zunächst nur das römische Recht vor Augen haben. Warum und inwiefern im französischen und preußischen Erbrecht ein anderes gelten würde, wird sich später zeigen.

die Augen. Wenn in dem angegebenen Falle die Unfähigkeit des Erben auch keine allgemeine, für alle Erbschaften überhaupt, ist, sondern das Hindernis nur durch das persönliche Verhältnis des Erben zum Erblasser vermittelt ist, so ist doch durch dies inhaltliche Hindernis für den bestimmten Erbschaftsfall eine ganz positive Unfähigkeit gegeben, eine Unfähigkeit, deren relative, bloß bestimmten Erbschaften gegenüber geltende Natur ihr nicht eine andere Behandlung als der absoluten Unfähigkeit zuziehen kann, da in dem bestimmten Falle, in welchem jene Unfähigkeit wirklich eintritt, sie ebenso absoluter Natur ist, als die absolute Unfähigkeit bei allen Erbschaftsfällen überhaupt.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn wir auf den Grundsatz zurückgehen, dessen Ausfluß, wie wir oben (S. 704 fg.) zeigten, das Erfordernis der Fähigkeit des Honorierten zur Zeit des Erbschaftserwerbes ist.

Der Schein der Rückwirkung bei der Anwendung dieses neuen Gesetzes entsteht dadurch, daß darauf gesehen wird, daß zur Zeit der testamentarischen Einsetzung und ihrer Bestätigung durch den Tod des Testators ein solches Verbot nicht vorhanden war. Allein die Notwendigkeit der Fähigkeit zur Zeit des Erwerbes wurzelt, wie oben bereits hervorgehoben, gar nicht im Wesen des Testamentes, sondern nur zunächst lediglich im Wesen der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit. Jeder muß dann zu der bestimmten Handlung fähig sein, wenn er sie vornimmt; also auch zu dem Erwerbe der bestimmten Erbschaft. Nun ist aber der Erbe im unterstellten Falle zwar zum Erwerb von Erbschaften im allgemeinen, aber nicht dieser bestimmten Erbschaft befähigt. Bis zur Adition und bei derselben ist es aber die bestimmte Erbschaft, welche erworben wird.

und erst durch die Akzeptation wird die bestimmte Erbschaft in Erbrecht und Eigentum überhaupt verwandelt. Es kann daher natürlich keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn in dem Falle des unterstellten Gesetzes dasselbe auch erst noch so kurz nach der Adition erscheint, der Erbe berechtigt bleibt, mit der actio hereditaria alle einzelnen Gegenstände der Erbschaft in Anspruch zu nehmen. Aber zur Adition derselben ist er nach dem Erscheinen des ihn zu dem Erwerbe dieser Erbschaft unfähig erklärenden Gesetzes nicht mehr befugt.

So ergibt sich denn schon durch diese vorläufige Betrachtung das Einwirken des neuen Gesetzes auf die noch nicht angetretene Erbschaft.

Wir sind aber hierbei dem Prinzip nach bereits bei einer anderen Frage angelangt, welche einer gründlichen Untersuchung bedarf und durch dieselbe, vermöge ihrer hierin ganz analogen Natur, auch die eben entwickelte Entscheidung erst wahrhaft feststellen wird; nämlich zu der Frage nach dem Einfluß eines nach dem Tode des Erblassers und vor dem Antritt der Erbschaft erlassenen Gesetzes über Intestaterbfolge, welche wir in der folgenden Abteilung prüfen wollen.

G. Die Zeit des Erwerbes und die Intestaterbfolge.

Hier tritt nun der Irrtum Savignys über den Einfluß der Zeit des Erwerbes ganz positiv heraus.

Savigny lehrt hierüber ausdrücklich (S. 489): „Ein nach dem Erbanfall (Zeit des Todes) erlassenes Gesetz hat keinen Einfluß, selbst wenn es in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erscheint."

Diese Ansicht ist schon vor Savigny diejenige der meisten Autoren gewesen[1]) und durch ihn vollends[2]) zur Konsistenz gelangt[3]).

Aber gerade darum ist es um so erforderlicher, diesen ebenso plausibeln als in theoretischer wie praktischer Hinsicht äußerst wichtigen Irrtum einer neuen und genauen Prüfung zu unterwerfen.

Der Widerspruch gegen seinen Satz, sagt Savigny (S. 490), die Abhandlung von Heise und Cropp resumierend, gründe sich hauptsächlich auf folgende Verwechselung: der Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze, sage man, bezwecke bloß die Erhaltung erworbener Rechte. Der berufene Erbe habe aber durch den Erbanfall (die Delation) noch gar kein Recht erworben; ein solcher Erwerb trete für ihn erst ein durch den Antritt der Erbschaft, und bis zu dieser könne daher ein neues Gesetz die Erbfolge ändern, ohne sich einer fehlerhaften Rückwirkung schuldig zu machen; beide Momente,

---

[1]) Sowohl der französischen als deutschen; siehe z. B. Weber, Rückanwendung usw., S. 96; Bergmann, Rückwirkende Kraft usw., S. 93—102, 108—113; Chabot, Quest. transit., T. I, Art.: Droits acquis, S. 379, und besonders Merlin, Répert. de Jurisp. v⁰ Effet rétroactif, Sect. III, § 6, S. 593. Vgl. Koch, Successio ab intestato, § 45, Nr. III, S. 103 fg., 107—110; Glück, Opuscula jurid., fasc. 4, p. 157—218; Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, S. 36—38, 56—58.

[2]) Vgl. Holzschuher, Theorie des gemeinen Zivilrechtes (2. Aufl.), I, 51 fg.

[3]) Gegen dieselbe kann man anführen: Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, S. 154 (7. Ausg.): „Das angestorbene, angefallene, angebotene Erbrecht gibt an sich keine Rechte," und Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen (Hamburg 1830), II, 123—132.

Anfall und Erwerb, fielen nur ausnahmsweise zusammen bei dem Suus heres, der ipso jure die Erbschaft erwerbe.

„Allein," entgegnet Savigny hierauf, „durch den bloßen Anfall der Erbschaft ist dem berufenen Erben ein wirkliches Recht in der Tat schon erworben, und zwar ohne sein Zutun, selbst ohne sein Wissen: das ausschließende Recht nämlich, die deferierte Erbschaft anzutreten und dadurch in sein Vermögen zu verwandeln, oder aber nach Gutdünken auszuschlagen. Dieses ist ein wahres erworbenes Recht, ebensosehr wie jedes andere durch den Grundsatz der rückwirkenden Kraft gegen ungehörige Einwirkung neuer Gesetze geschützt, also von einer bloßen Erwartung durchaus verschieden; nur freilich ein Recht ganz anderer Art und geringeren Umfanges als das, welches nachher durch den Antritt der Erbschaft entsteht und wodurch ein bisher fremdes Vermögen in eigenes Vermögen des Erben unmittelbar verwandelt wird."

Savigny kann also nicht leugnen, daß die Erbschaft selbst durch die bloße Delation vor der aditio in keiner Weise als erworben angesehen werden kann. Allein das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, soll, wie dies auch Holzschuher als einen unwiderleglichen Grund hervorhebt, gleichfalls ein erworbenes Recht sein, welches dann in der Tat durch das neue Gesetz nicht mehr berührt werden könnte.

Aber dieser Einwurf ist nichts weniger als siegreich. Denn erstens, dieses Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, ist nichts anderes als ein Optionsrecht, und zwar bei der Intestaterfolge ein, mindestens seinem sinnlichen Anschein nach, legales Optionsrecht des berufenen Individuums. Wir haben aber bereits in § 4 der Theorie gesehen, daß alle solche

Optionsrechte erst durch die Ausübung der Option zu erworbenen Rechten des Individuums werden und bis dahin einfache Fähigkeiten desselben bleiben, die somit jedem Gesetzwechsel weichen.

Aber auch bei der deferierten testamentarischen Erbschaft ist dieses Recht auf Annahme oder Ausschlagung nur ein solches, zwar nicht legales, weil nicht durch das Gesetz selbst entstandenes, aber durch die Handlung eines dritten Individuums dargebotenes Optionsrecht, welches ganz wie das legale Optionsrecht zu behandeln ist, da es für den nichterworbenen Charakter eines Rechtes ganz gleich ist, ob dasselbe durch das Gesetz oder die Handlung eines Dritten gegeben ist (vgl. § 2). Auch ist noch niemand eingefallen, zu leugnen, daß eine Schenkung, wie sie vor der Akzeptation jederzeit durch den Schenker widerrufen werden kann, so auch — vor der Akzeptation — durch ein verbietendes Gesetz unwirksam gemacht und nun nicht mehr vom Beschenkten akzeptiert werden kann. Ein Recht, welches der einseitigen Willensverfügung eines Dritten weicht, wird um so mehr der prohibitiven Verfügung des gesamten Volksgeistes weichen. Wie daher die Schenkung nach dem Erscheinen des dieselbe prohibierenden Gesetzes, und trotzdem auch bei ihr der Beschenkte bis dahin das Recht, anzunehmen oder abzulehnen, hatte, nicht mehr akzeptiert werden kann, so wird dies ebenso bei der angebotenen Erbschaft, auch der testamentarischen, der Fall sein müssen.

Wenn also für uns das Nichterworbensein des durch Testament oder Intestatgesetz verliehenen Rechtes auf Annahme oder Ausschlagung der (römisch-rechtlichen) Erbschaft als eines bloßen Optionsrechtes zwar schon nach § 4 vollkommen feststeht und dort seinen systematischen Beweis und Zusammenhang mit unserer Theorie findet,

so wird es dennoch erforderlich sein, diesen Beweis auch auf selbständige Weise zu erbringen. — Er liegt aber handgreiflich darin vor, daß zweitens, wenn das Recht auf Annahme oder Entsagung einer Erbschaft ein erworbenes Recht wäre, der vor Antretung der Erbschaft sterbende Erbe es seinen Erben transmittieren müßte. Nun transmittiert aber bekanntlich — nach römischem Recht, wovon, wie wir wiederholen, hier allein die Rede ist — der Erbe nicht, wie schon Donellus[1]) nachgewiesen hat. Denn im älteren römischen Rechte findet die transmissio gar nicht statt[2]), und selbst in der heute vorliegenden Gestalt desselben tritt sie nur ausnahmsweise[3]) in besonderen Fällen ein[4]).

Ja, Savigny und die modernen Autoren überhaupt übersehen, daß der Scharfsinn des Donellus schon ganz das Savignysche Argument bei dieser Erörterung als Einwurf gegen sich selbst aufgestellt hat, aber auch die Antwort darauf nicht schuldig geblieben ist.

Nachdem Donellus gezeigt, daß, was auch Savigny und die mit seiner Ansicht übereinstimmenden Autoren zugeben, die Erbschaft selbst, als vor der Adition nicht erworben, den Erben nicht transmittiert wird, fährt er also fort: „Sed esto, dicet aliquis; recte placuerit here-

---

[1]) Hugo Donellus, Comment. de jur. civ. (Hanoviae 1612), lib. VII, c. IV, p. 294.

[2]) Vgl. L. 7 C. de jure delib. (6, 30).

[3]) Zu den daselbst von Donellus aufgezählten Fällen kommt noch der, wenn, wie bei der Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, eine restitutio in integrum eintritt, L. 30 pr. de acqu. vel omitt. her. 29, 2 (Ulpian).

[4]) Und, so befremdend diese Behauptung zunächst klingt, so wird sich später zeigen, daß selbst in diesen Fällen nicht ohne jede Tätigkeit des gestorbenen Erben transmittiert wird.

ditatem, quae defuncto quaesita non est, ad heredes non transmitti, cum nemo plus commodi possit heredi suo relinquere, quam ipse habuit. *At jus adeundi saltem heres habuit; cur* ergo e converso *id non transferat,* cum sit certi juris, heredem in *omne jus* defuncti succedere, quod et ipsum definitio hereditatis efficit?"

Und er antwortet sich darauf: „Eo fit, quia ad ea, quae *personae cohaerent,* hoc jus *non* pertinet; quod *personale* est, ad heredem non transit[1]). Tale est autem *jus hereditatis delatae adeundae.* Id enim personale definimus, cui *personae conditio* locum facit[2]), seu in quo alicui tribuendo personae tantum ejus, puta meriti, dignitatis, reverentiae debitae, aut similium rerum personae cohaerentium ratio habetur[3]). Atqui sic defertur hereditas. Defertur enim certis tantum personis, et his ob *meritum, aut conjunctionem sanguinis,* aut aliis de causis *personae cohaerentibus;* puta testamento, scriptis tantum heredibus, ergo quos propriis de causis afficitur testator; ab intestato autem liberis, parentibus, cognatis, aut similibus."

Es wäre also durch Donellus gegen Savigny erwiesen, daß das jus adeundi kein erworbenes Recht — im bisher üblichen Sinne — ist. Ist es aber kein solches, so wäre nach der eigenen, oben mitgeteilten Argumentation von Savigny dieser Satz, als bloß äußerlich dürres Resultat genommen, schon hinreichend, um zu beweisen, daß dies Recht bis zu seiner Ausübung dem Einfluß neuer Gesetze unterliegen muß.

Es ist dies aber ebensosehr nach der inneren ratio der Beweisführung des Donellus der Fall. Das jus adeundi

1) Pomponius, L. 8, § 3, de liberat. legata (34, 3); Paulus, L. 13 solut. matrim. (24, 3).

2) Paulus, L. 68 de reg. jur. (50, 17).

3) L. 12 und 13 solut. matr. (24, 3).

wird nicht transmittiert, weil es ein persönliches Recht des Erben ist, d. h. also auf persönlichen Eigenschaften beruhte. Allein dann muß es auch, trotz der anscheinenden Verschiedenheit zwischen Tod und Gesetzwechsel, vermöge logischer Notwendigkeit, wie mit dem Tod der Person, ebenso auch mit dem durch ein neues Gesetz bewirkten Verschwinden jener persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten vorübergehen, auf denen das persönliche Recht beruhte. Ein Gesetz über Intestaterbfolge, welches gewisse Klassen von Personen auf Grund ihrer persönlichen Eigenschaften (Verwandtschaft) zur Erbfolge beruft, erteilt ihnen durch diese Berufung (im System des römischen Rechtes) eine Fähigkeit zu einem Erwerb, die bis zum Antritt desselben eine bloße Fähigkeit, gegründet auf das Dasein einer persönlichen Eigenschaft, bleibt. Wenn nun z. B. ein neues Gesetz den Begriff der Kognation bei einem bestimmten Grade, oder den Begriff der Kognation überhaupt aufhebt, so wird man im rechtlichen Sinne gar nicht mehr vom Dasein einer Kognation sprechen können. Die ihm das jus adeundi erteilende Eigenschaft der Kognation, d. h. die vom Gesetz als wirksam anerkannte persönliche Eigenschaft, ist daher durch den Gesetzwechsel in dem Kognaten ganz ebenso untergegangen, wie durch seinen Tod.

Wenn umgekehrt ein neues Gesetz die Bestimmung aufhebt, daß Agnaten eines entfernteren oder gleich entfernten Grades Kognaten eines näheren oder gleich nahen Grades ausschließen, so wird jetzt durch das Rechtsbewußtsein gar nicht mehr in dem Agnaten eine persönliche Eigenschaft als in ihm vorhanden anerkannt, vermöge deren er einen näheren oder gleich nahen Kognaten schlagen könnte, und die früher vorhandene, jetzt

untergegangene Eigenschaft kann jetzt nicht mehr die rechtliche Wirklichkeit beherrschen und eine jetzt erst eintretende Erwerbshandlung bestimmen; oder mit anderen Worten:

Das bloße jus adeundi, als ein auf das Dasein persönlicher Eigenschaften gegründetes Recht, geht notwendig ebensosehr mit dem faktischen Untergange dieser persönlichen Eigenschaften (Tod, Nichttransmission), als mit dem rechtlichen Untergange derselben (durch Gesetzwechsel) zugrunde.

Drittens: Wir sind aber erst jetzt dahin gelangt, die Sache so zu formulieren, wie sie mit unserer Theorie in wahrhaft innerer und systematischer Übereinstimmung steht. Es wird nämlich keinem konsequent denkenden Leser entgangen sein, daß nach uns das vom Intestaterbrecht deferierte jus adeundi in der Tat als ein erworbenes Recht anzusehen ist, weil das Intestaterbrecht im Familienrechte wurzelt und, nach uns, alle durch das Familienrecht vermittelten Rechte den Charakter des Erworbenseins haben (s. § 2, A). Es muß also zugegeben werden, daß nach uns, wie ganz bedingt und ungewiß auch das Recht sei, einen Lebenden, falls er ohne Testament stirbt, intestatmäßig zu beerben, doch dies ganz eventuelle Recht, und zwar schon von der Geburt des Familiengliedes ab (nicht erst vom Tode des Verwandten an) ersterem als durch die Familienzeugung erworben angesehen werden muß. Allein diese bloß im Interesse der theoretischen Konsequenz erforderliche Rektifikation ändert an der praktischen Lage der Sache gar nichts. Denn es ist von uns durch § 7 der Theorie gezeigt, daß jedes noch so sehr, selbst kontraktlich, erworbene Recht nur auf so lange erworben ist und nur so lange ausgeübt werden kann, bis ihm absolute Gesetze entgegentreten.

Intestaterbfolgegesetze stellen aber stets absolute Gesetze dar, da es der Privatwillkür nicht frei steht, Abänderungen in ihnen zu treffen. Die Testamentsfreiheit hebt diesen absoluten Charakter der Instaterbgesetze durchaus nicht auf. Der Erblasser kann testieren, und dann tritt die Intestaterbfolge gar nicht ein. Aber insofern sie überhaupt einmal eintritt, ist sie eine substantielle feste Ordnung für sich, an der der Erblasser nicht das geringste verrücken kann. Dies, diese Absolutheit der Intestaterbfolge, ist, soweit er hier schon in abstracto dargelegt werden kann, der wahre logische Sinn des tiefen, durchaus nicht bloß auf formell-historischen Gründen, wie man anzunehmen pflegt [1]), beruhenden römischen Hauptgrundsatzes: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest [2]).

Durch neue entgegenstehende Intestaterbgesetze erlischt also wegen der absoluten Natur derselben das bis dahin erworbene Recht des Erben auf den Erwerb der Intestaterbschaft, wenn es bis dahin noch nicht ausgeübt war. Dagegen folgt aus § 9 mit derselben Evidenz, daß und warum das Eintreten neuer Gesetze dann völlig einflußlos bleiben muß, wenn die Erbschaft bereits von dem Erben in eigenes Vermögen verwandelt worden und daher die Fortexistenz alles Erbrechtes überhaupt, oder seines bestimmten Erbrechtes insbesondere, indifferent geworden ist.

---

[1]) Z. B. Haubold, Thibaut, Dernburg u. a. Aber auch Gans (Erbrecht, Bd. 2, Kap. 5) faßt das bleibend Wahre in diesem Satze, über den wir im zweiten Bande konkreter handeln werden, nicht auf.

[2]) Vgl. Pomponius, L. 7 de reg. jur. (50, 17); Papinian, L. 15, § 2, de inoff. test. (5, 2); Paulus, L. 37 de test. mil. (29, 1); Ulpian, L. 1 eod. tit.

Es hat sich daher aus der vorstehenden Untersuchung das mit den §§ 7—11 unserer Theorie geistig durchaus übereinstimmende Resultat ergeben, daß neue Gesetze über Intestaterbfolge so lange einwirken[1]), so-

[1]) Es ist noch erforderlich, dies gegen eine gang und gebe irrige Folgerung zu schützen und hierbei die Richtigkeit unserer Deduktion und ihre Übereinstimmung mit dem römischen Recht erst vollständig ins klare zu setzen. Wenn nämlich der zunächst berufene Intestaterbe stirbt oder ausschlägt, so fragt es sich, ob der jetzt nächste Erbe bestimmt wird nach dem Verhältnis des jetzigen Zeitpunktes oder nach demjenigen zur Zeit des Todes des Erblassers. Die Institutionen sagen, daß wenn der Erblasser mit Zurücklassung eines Testamentes gestorben und die Intestaterbschaft nur durch Entkräftung desselben eintritt, erst dieser letztere Moment als derjenige, in dem das Eintreten der Intestaterbschaft gewiß geworden sei, für die Bestimmung des proximus den Maßstab gebe; daß dagegen, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben, immer der Zeitpunkt des Todes über diese Frage entscheide: Inst., § 6, de legit. adgn. succ. (3, 2): „*Proximus* autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo *mortuus* est is, cujus de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per *hoc* tempus requiritur quo *certum* esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum, tunc enim proprie quisque *intestato* decessisse intelligitur, quod quidem aliquando longo tempore declaratur; in quo spatio temporis saepe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus." Der von dem Fall des entkräfteten Testamentes handelnde Teil dieser Regel stimmt offen mit dem im Text Gesagten überein (wird übrigens noch am Schlusse dieser Anmerkung sein wahres Verständnis empfangen). Dagegen kann ihm der für den Tod ohne Testament gegebene Teil der Regel zu widersprechen scheinen. Dies ist jedoch durchaus nicht, und in bezug auf keine der aus ihr herzuleitenden Folgerungen, der Fall. Denn was zunächst, wenn nur ein Intestaterbe der zunächst Berufene war, die successio graduum betrifft, so ist es klar, daß, wo solche, wie

lange die Erbschaft noch nicht erworben worden ist, weil bis zu diesem Erwerb die Fähigkeit zu erben und das Recht des Erben auf diese bestimmte Erbschaft noch fortdauern muß; daß dagegen jedes solche nach

---

im justinianeischen Recht (s. § 7 Inst. ibidem), nach dem Vorgang des prätorischen Rechtes bei der Kognatenklasse, einmal eingeführt ist, das Intestaterbfolgegesetz bereits im Augenblick des Todes, wie für den zunächst Berufenen die unmittelbare, so für alle Erben der auf ihn folgenden Grade die eventuelle Delation schon enthält. Dieselben sind also schon von diesem Moment an mit dem eventuellen *jus adeundi* bekleidet, und so bedingt und ungewiß dies erworbene oder legale persönliche Recht der Intestaterben (entsprechend den Vulgarsubstituten des Testamentes) auch sei, so werden sie es doch unbedingt so lange behalten müssen, bis sie dasselbe durch einen an ihrer Person eintretenden Untergang desselben verlieren, also durch faktischen Untergang ihrer Persönlichkeit (Tod) oder durch rechtlichen Untergang ihrer persönlichen Eigenschaft (Gesetzwechsel). So läßt z. B., auf das schlagendste unsere Theorie überhaupt bestätigend, das römische Recht das auf einer Adoptivverwandtschaft beruhende Erbrecht hinfällig werden, wenn der adoptivus vor der Adition oder vor der agnitio bonorum possessionis, obgleich schon nach erfolgter Delation der Erbschaft an ihn, emanzipiert worden ist, — weil jetzt die persönliche Eigenschaft in ihm, die ihm diese Beziehung zur Erbschaft gab, erloschen ist; s. L. 11 de suis et legit. (38, 16); L. 1 unde legitimi (38, 7); L. 3 unde cognati (38, 8). Aber durch ganz außerhalb ihrer Persönlichkeit liegende und diese nicht berührende faktische Veränderung in der bloßen Außenwelt, dadurch also, daß zu der Zeit, wo der zunächst Berufene stirbt oder ausschlägt, inzwischen andere Personen durch Tod usw. zu näheren geworden sind, kann das den Erben einmal übertragene persönliche eventuelle Recht unmöglich beeinträchtigt werden.

Es zeigt sich also der Unterschied zwischen dem Rechtswechsel und dem Wechsel in den tatsächlichen Verhält-

geschehenem Erwerb eintretende Gesetz völlig gleichgültig ist, weil durch den Erwerb die bestimmte Erbschaft

---

nissen, daß die nur tatsächliche Veränderung gleichgültig bleibt, wenn sie nicht eine Veränderung in den eigenen persönlichen Eigenschaften der bereits Berufenen darstellt, auf welchen der Sukzessionsanspruch beruhte. Ebenso aber auch, wenn mehrere Intestaterben die zunächst Berufenen sind und einer oder einige von ihnen ausschlagen oder sterben. Hier könnte entweder der jetzige Zeitpunkt, in welchem der Erbteil vakant wird, als Zeitpunkt des Erbanfalles betrachtet und die Intestaterbfolge nach den jetzigen Verhältnissen neu reguliert werden. Oder es könnte bei der Regulierung der Intestaterbfolge durch die Todeszeit stehen geblieben und der vakant gewordene Erbteil auf dieselbe zurückgeführt werden. Es könnte nun scheinen, daß nach dem im Texte Gesagten der ersten Meinung und also der succęssio graduum vor dem jus accrescendi der Vorzug erteilt werden müßte. Dies ist jedoch nicht der Fall, und schließen wir uns vielmehr der durch die vorher mitgeteilte Institutionenstelle gerechtfertigten Ansicht derjenigen Autoren in dieser berühmten Kontroverse an, welche dem jus accrescendi den Vorzug erteilen (s. Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, §§ 5, 7 u. a.). Die Gründe sind einfach. Die Delation der Erbschaften kann durch den Tod oder die Ausschlagung des einen Berufenen nicht weiter rollen und sich neu regulieren, weil sie durch das schon vorhandene persönliche Recht der Miterben festgehalten wird, ein Recht, das in diesen Nichtgestorbenen weder durch faktischen Untergang (Tod), noch durch den rechtlichen Untergang ihrer persönlichen Eigenschaften (Gesetzwechsel), aufgehoben ist. Indem also durch das fortdauernde Recht der Miterben auf die bestimmte Delation die Neugestaltung derselben verhindert wird und jeder derselben, als Erbe, auch eine Beziehung auf das Ganze der Erbschaft hat, bleibt von selbst nichts übrig als den vakant gewordenen Teil wie eine Vergrößerung der Erbschaftsmasse zu behandeln und ihn von den Anteilen der Miterben nach dem durch die Delation einmal bestimmten Verhältnis absorbieren zu lassen, d. h. seine Verteilung nach dem jus accrescendi.

aufgehört hat und in Erbrecht und Eigentum überhaupt übergegangen ist.

Eine deutliche Bestätigung findet ferner die von uns im Text entwickelte Theorie durch die L. 1, §§ 9, sqq. ad SC. Tert. et Orph. (38, 17). Dort findet nach Ulpian und Julian die Regulierung des Intestaterbrechtes allerdings nach der neuen Zeit, in welcher der zunächst Berufene ausschlägt, statt. Dies widerspricht aber nicht im geringsten dem eben Entwickelten, sondern bestätigt dieses nicht minder als das im Text Gesagte. Der Fall muß nämlich dort so aufgelöst werden: Durch das SC. Tertullianum et Orphitianum (Ulp. Fr. XXIV, § 8; XXVI, § 7; cf. Inst., § 1, III, 3; L. 9 D. h. t. 38, 17) sollte nur der Mutter und den Kindern ein das Erbrecht der Agnaten ausschließendes gegenseitiges zivilrechtliches Erbrecht gegeben werden. Schlug nun der Sohn (siehe den Fall in der vorher zitierten L. § 11) aus, so fiel die Anwendbarkeit des Senatusconsultum fort und das jus antiquum der Agnaten trat nun dadurch für diese bestimmte Erbschaft wie ein neues Gesetz ein. Bei dem Wechsel des Intestaterbrechtes vor dem Erwerb der Erbschaft muß aber, wie wir oben zeigten, die Delation aus den gegenwärtigen Rechtsverhältnissen bestimmt werden (qui tunc legitimus deprehenditur, sagt Ulpian), und so bestätigen Ulpian und Julian nur auf das glänzendste unsere obige Theorie, ohne dadurch dem eben über das jus accrescendi Gesagten, wo kein Rechtswechsel, sondern nur der faktische Fortfall der Rechte des einen Miterben eintritt, im geringsten zu widersprechen.

Aber durch das Bisherige muß nunmehr auch jetzt erst der Grund klar sein, warum die Institutionen in der obigen Stelle für den Fall der durch Entkräftung des Testamentes eintretenden Intestaterbschaft die entgegengesetzte Regel von der für den Fall des ohne Testament erfolgenden Todes aufstellen, die Regel nämlich, daß es in diesem Falle nur darauf ankomme, wer zur Zeit der Entkräftung des Testamentes der proximus sei (vgl. Gajus III, § 13; L. 1, § 8; L. 2, § 5; L. 5 de suis, 38, 16). Fragt man die römischen Juristen nach dem Grunde dieser Regel, so antworten sie, weil es jetzt

Hieraus ergibt sich dann von selbst die weitere Folgerung, daß im System des römischen Rechtes solche nach dem Todesfall und vor der Antretung erlassenen Gesetze auf den heres extraneus sofort einwirken, weil dieser erst durch die Adition die Erbschaft erwirbt, daß dagegen unter französischem und unter preußischem Recht, und unter römischem Recht in bezug auf den suus heres, alle nach dem Todesfall erlassenen Gesetze vollständig einflußlos sind, weil hier der Erbe schon ipso jure durch den Todesfall und ohne weitere Antretung die Erbschaft erworben hat.

Das nackte Resultat des letzten Satzes wäre also der Unterschied des Erbschaftserwerbes ipso jure oder durch Adition als unterscheidendes Kennzeichen des Nichteingreifens oder Eingreifens neuer Erbgesetze. Dies nackte Resultat als solches stimmt auch mit der Behauptung überein, die schon von anderen hin und wieder hierüber, wenn auch unter ganz differenter Beweisführung aufgestellt

---

erst gewiß geworden sei, daß der Verstorbene als ein intestatus gestorben sei [z. B. Gajus l. l. sed eo tempore quo *certum* fuerit *aliquem intestatum* decessisse), oder sie erklären dies wie die Institutionen durch die Fiktion, daß der früher Verstorbene als ein jetzt ab intestato Verstorbener zu betrachten sei (tunc enim proprie quisque *intestato decessisse intelligitur).* Aber die spröde Unbehilflichkeit dieses Grundes und resp. dieser Fiktion muß sich jetzt bereits durch unsere Theorie zur Durchsichtigkeit ihrer inneren Seele aufgehellt haben. Es verhält sich nämlich damit nur ganz so wie in dem zuletzt gedachten Fall. Für diese bestimmte Erbschaft, die bisher vom testamentarischen Erbrecht regiert war, tritt jetzt die Intestaterbordnung als ein für sie neues Gesetz ein, und beim Rechtswechsel sind die Ansprüche nach den zur Zeit des neuen Gesetzes bestehenden rechtlichen Verhältnissen zu regulieren.

worden ist[1]). Allein trotz der ihm im vorstehenden gegebenen breiten und innerlichen Vermittelungsbasis, würde dieses bloße Resultat, obgleich für den äußerlich-juristischen Gebrauch hinreichend, immer noch ein dürres und unlebendiges zu nennen sein, solange sich nicht auch noch die innere Bedeutung jenes Unterschiedes zwischen Erbschaftserwerb ipso jure und durch aditio ergeben hat. Denn offenbar erheben sich jetzt hier für das Bedürfnis des tiefer gehenden organischen Erkennens die Fragen: Woher entspringt und was bedeutet dieser Unterschied? Woher kommt das Dasein dieses Unterschiedes zwischen französischem und preußischem Recht einerseits und dem römischen andererseits, und wieder innerhalb des römischen Rechtes selbst zwischen dem suus heres und dem extraneus? Soll ferner Erwerb ipso jure, wie es auf den ersten Blick fast scheinen könnte, einen legalen, d. h. bloß durch das Gesetz gegebenen Erwerb darstellen? Wie verträgt sich aber damit, wenn dies auch bei der Intestaterbschaft plausibel erscheinen könnte, daß im französischen und preußischen Recht auch der Testamentserbe, und ebenso im römischen der suus als scriptus heres, ipso jure erwerben? Diese Fragen leiten uns nun von selbst auf die andere zurück, inwiefern die von uns, in § 2, A., aufgestellte Behauptung wahr und erweislich sei, daß alle Erbschaft einen nicht durch den bloßen Willen eines Dritten oder ein Naturereignis (Tod) eintretenden, sondern einen auf der eigenen individuellen Willensaktion des Erben beruhenden Erwerb darstelle. Ja, diese letztere Frage ist es, welche sich zu den soeben hier aufgeworfenen als ihr innerer Mittelpunkt verhält,

---

[1]) Siehe den oben zitierten Aufsatz bei Heise und Cropp; vgl. Troplong, Donations et Testaments, T. I, Nr. 437 fg.

zu dem jene sich offenbar nur als seine Ausläufer und Seitenfolgerungen darstellen, so daß wir mit der wahrhaften Beantwortung dieser letzteren auch jene von selbst erledigt haben werden.

Zu dieser Behauptung haben wir uns daher jetzt zurückzuwenden, und ihren Nachweis aus einer Betrachtung des Wesens des Erbrechtes hervorgehen zu lassen, durch dessen Entschleierung auch das Bisherige erst seinen tieferen geistigen Zusammenhang enthüllen wird.

Ende des ersten Teiles.